

ORIENTAMENTI

ALESSANDRO PASTA

**Tra disposizioni e norme
(a proposito delle modalità di presentazione delle impugnazioni:
un esercizio d'interpretazione)**

Traendo spunto dalla questione relativa alla possibilità di presentare impugnazione mediante posta elettronica certificata, piuttosto prosaica, ma non per questo poco rilevante (si riverbera sul diritto al controllo dei provvedimenti giurisdizionali), l'autore svolge alcune considerazioni sulle modalità con le quali gli operatori giuridici interpretano, segnalando che tra disposizioni legislative e norme c'è sempre un percorso ermeneutico, più o meno breve, giustificato con maestria variabile, ampiamente condizionato dall'ideologia dell'interprete.

Drawing inspiration from the issue relating the rather prosaic but very important (as it reverberates on the right to control jurisdictional measures) possibility to appeal by certified e-mail, the author considers the ways in which legal operators interpret, highlighting the ever existing hermeneutical path, justified with variable mastery, largely conditioned by the interpreter's ideology between legislative provisions and norms.

SOMMARIO: 1. Disposizioni e norme. - 2. Le disposizioni sulle modalità di presentazione delle impugnazioni. - 3. Norme, e non. - 4. La norma sulla presentazione dell'impugnazione a mezzo di posta elettronica certificata. - 5. (segue) un'equiparazione fondamentale. - 6. (segue) un argomento *a contrario*. - 7. (segue) una restrizione indebita. - 8. (segue) un'utilità rilevante. - 9. Sul c.d. diritto giurisprudenziale.

1. Disposizioni e norme.

Nel codice di procedura penale non è stata prevista la possibilità di presentare impugnazione mediante posta elettronica certificata. La giurisprudenza di legittimità è orientata nell'escludere l'ammissibilità di impugnazioni presentate secondo questa modalità; in tempi recenti, tuttavia, non sono mancate pronunce che lasciano intravedere un possibile mutamento d'indirizzo¹.

Il fatto che innanzi a un medesimo testo legislativo si prospettino più soluzioni interpretative non è certo inusuale. Si tratta anzi di una situazione alla quale ogni operatore giuridico è avvezzo. Nondimeno, in un ambito presidiato dal principio di stretta legalità, sarebbe auspicabile giungere a soluzioni uniformi, evitando di creare un sistema in cui diritti e facoltà sorgano o svaniscano a seconda dell'interpretazione prescelta dal singolo giudice.

¹ Nessuna sentenza della Corte di cassazione ha riconosciuto la possibilità di presentare impugnazione tramite posta elettronica certificata; iniziano però a comparire nelle motivazioni di alcune sentenze degli argomenti che, se venissero sviluppati, potrebbero portare a un mutamento interpretativo. Il tema verrà trattato nei paragrafi 4 ss.

Per impostare il problema in modo appropriato, pare opportuno iniziare da alcune considerazioni sul metodo interpretativo e, prima ancora, da alcuni rilievi di natura semantica, poiché spesso, nell'uso comune dei giuristi, «il vocabolo “norma” è riferito indistintamente sia alle formulazioni del discorso legislativo, sia al contenuto del loro significato»². Non viene così considerata la distinzione tra enunciati normativi (disposizioni, per usare la terminologia di Vezio Crisafulli³), e norme, che «sono da considerarsi piuttosto il risultato che il presupposto delle attività in senso lato interpretative»⁴. La ragione per cui non è operata la distinzione «nasce dalla convinzione, largamente diffusa nella cultura giuridica moderna a partire dall'Illuminismo, che esista “un significato proprio, o vero, delle norme, precostituito rispetto a, e del tutto indipendente da, i processi nei quali e coi quali gli operatori giuridici impiegano le norme” stesse»⁵.

Ogni persona che si accinge a leggere le disposizioni di un codice, dal quale vorrebbe trarre delle norme, dovrebbe ricordare che «il problema che si pone all'operatore giuridico (a qualunque operatore giuridico in quanto destinatario di precetti giuridici) è quello di risalire da enunciati normativi a precetti»⁶, e nel far ciò si serve di principi (espressamente previsti, o elaborati dall'interprete stesso; generalmente accettati, o controversi), seleziona gli enunciati normativi rilevanti (*recte*: che ritiene essere rilevanti), impiega «riconosciuti schemi di scelta e di giustificazione di una piuttosto che un'altra attribuzione di significato, e criteri di valutazione delle scelte, che si formalizzano come schemi di argomentazione o, semplicemente, come “argomenti interpretativi”»⁷: che innanzi a una disposizione si debba usare un argomento *a contrario*, uno *a simili*, *a fortiori*, *ab absurdo*⁸, ci si debba servire del principio *x* invece del principio *y*, o si debba coordinare la disposizione con una, due o dieci altre disposizioni, non lo si ricava dalla disposizione stessa⁹. Lo decide l'interprete.

² GUASTINI, *Rileggendo Tarello sull'interpretazione*, in *Saggi scettici sull'interpretazione*, Torino, 2017, 2.

³ CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 195.

⁴ TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 38.

⁵ GUASTINI, *Rileggendo Tarello*, cit., 2 (la citazione è tratta da TARELLO, *Il «problema dell'interpretazione»: una formulazione ambigua*, in *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, 393).

⁶ TARELLO, *La semantica del neustico. Osservazioni sulla «parte descrittiva» degli enunciati precettivi*, in *Diritto, enunciati, usi*, cit., 341.

⁷ TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 342.

⁸ Per «un censimento ed una ricognizione degli argomenti interpretativi», v. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 341 ss. e GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 139 ss.

⁹ V. TARELLO, *Il «problema dell'interpretazione»*, cit., 393.

Quanto alle regole dell'inferenza logica - che conducono a conclusioni assai meno opinabili di quelle a cui portano le scelte basate sull'ideologia dell'operatore giuridico¹⁰ -, hanno in quest'attività «un campo molto circoscritto a causa del fatto che tutte le operazioni di attribuzione di significato ai documenti che costituiscono il discorso della legge (incluse le operazioni di scelta dei documenti rilevanti e dei modi della loro combinazione) si sottraggono alla "logica", il cui impiego anzi presuppone che tali operazioni già siano state compiute»¹¹.

Si pensi, per fare un esempio tratto dal codice, all'interpretazione della disposizione contenuta nel terzo comma dell'art. 195 c.p.p. Il primo comma dell'articolo prevede che quando il testimone si riferisce, per la conoscenza dei fatti, ad altre persone, il giudice, a richiesta di parte, dispone che queste siano chiamate a deporre; il terzo comma stabilisce che l'inosservanza della disposizione contenuta nel primo comma rende inutilizzabili le dichiarazioni relative a fatti di cui il testimone abbia avuto conoscenza da altre persone, «salvo che l'esame di queste risulti impossibile per morte, infermità o irreperibilità». Che il breve elenco con il quale termina la disposizione debba essere considerato tassativo, o meno, non lo si ricava dalla disposizione. È l'interprete a decidere, portando a sostegno della propria scelta argomenti più o meno convincenti. Alcuni hanno affermato che l'elencazione deve considerarsi tassativa, e che dunque in ogni ipotesi in cui la concreta impossibilità dell'esame dipende da circostanze diverse, la testimonianza indiretta deve considerarsi inutilizzabile (sempre che ci sia stata la richiesta di esame del teste diretto)¹². Innanzi all'identica disposizione, interpreti interessati a estendere l'ambito delle deroghe alla sanzione dell'inutilizzabilità, servendosi dell'argomento *a simili ad simile* (o analogico), hanno invece sostenuto che dovesse escludersi che l'«elenco sia tassativo e che non possano essere individuati, nella pratica, altri casi di impossibilità oggettive, analoghi a quelli elencati dal legislatore»¹³ (tra i quali ci sarebbe - secondo questi interpreti - «la mancata presentazione del teste più volte citato»¹⁴).

L'art. 550 c.p.p. non prevede che il pubblico ministero debba esercitare l'azione penale con la citazione diretta a giudizio nei procedimenti per i delitti di

¹⁰ Sul tema v. CASTIGNONE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Bari, 2010, 36.

¹¹ TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 82.

¹² Così Cass., Sez. III, 7 giugno 2002, Dalfino, in *Cass. pen.* 2004, 610.

¹³ Cass., Sez. IV, 12 giugno 2003, Postiglione, in *Cass. pen.*, 2005, 151; in senso analogo Id., Sez. II, 22 marzo 2011, Cocca, in *Cass. pen.*, 2012, 1841; Id., Sez. un., 29 novembre 2012, Aquilina, in *Guid. dir.*, 2013, f. 23, 74.

¹⁴ Cass., Sez. IV, 12 giugno 2003, Postiglione, cit.

furto in abitazione e di furto con strappo. La disposizione non richiama l'art. 624-*bis* c.p.. Eppure secondo la giurisprudenza esiste una norma la quale prevede che anche in tale ipotesi si debba procedere con citazione diretta, poiché «la mancata espressa previsione di tale fattispecie nell'elencazione di cui alla predetta [disposizione] è da ricondursi unicamente ad un difetto di adeguamento normativo, cui è possibile supplire in via interpretativa, considerato che il delitto di furto aggravato, ai sensi dell'art. 625 c.p., è inserito tra quelli elencati e punito con la medesima pena della reclusione da uno a sei anni»¹⁵.

Nel 1999 la riforma sul «giusto processo» ha modificato l'art. 111 Cost., nei cui commi sono ora previsti una serie di diritti dell'accusato tra i quali non compare quello all'oralità: le disposizioni costituzionali non riconoscono rango costituzionale a questa garanzia, e da questa omissione alcuni interpreti hanno tratto la conclusione che nella Costituzione non esista una norma che la preveda¹⁶. Altri, non potendo non riconoscere l'assenza nella Costituzione di un enunciato normativo che riguardi l'oralità, hanno comunque sostenuto che questa abbia rango costituzionale: mancherebbe la disposizione, ma non la norma¹⁷.

In altre occasioni accade più o meno l'opposto. Il legislatore stabilisce una disposizione, la cui unica lettura in linea con le regole della semantica e della sintassi non può condurre l'interprete lontano dal testo legislativo. Eppure la norma sgradita viene fatta svanire: non appagando le preferenze dell'interprete, ne viene creata una diversa, e la torsione semantica viene giustificata con un argomento apagogico (o *ab absurdo*), ossia quello secondo il quale «si deve escludere quell'interpretazione di un enunciato normativo che dia luogo ad una norma “assurda”»¹⁸.

Spia dell'uso di questo argomento è la presenza di espressioni come «assurdità delle conseguenze», «infortuni legislativi»¹⁹, «necessità di letture ortopedi-

¹⁵ Cass., Sez. V, 28 novembre 2017, Pagano, in *Mass. Uff.*, n. 268993; Id., Sez. V, 12 aprile 2011, Castriota, *ivi*, n. 250577; Id., Sez. VI, 24 aprile 2012, Levakovic, *ivi*, n. 253173; Id., Sez. IV, 22 maggio 2009, Nafusi, *ivi*, n. 244983.

¹⁶ Così ad esempio FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2012, 99.

¹⁷ Secondo alcuni interpreti il terzo comma dell'art. 111 Cost. prevede che «i poteri di esercizio del contraddittorio [...] debbano necessariamente realizzarsi davanti al giudice. Il riferimento letterale davanti “al giudice” e non davanti ad “un giudice” rende ragione del fatto che il giudice a cui la norma fa riferimento non può che essere il giudice [...] che deve emettere la decisione» (DINACCI, *Giurisprudenza penale e giusto processo. Verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 169; in senso analogo, MAZZA, voce *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir. ann.*, vol. VII, Milano, 2014, 247; Corte cost., n. 205 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010, 2392).

¹⁸ TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 369.

¹⁹ Per un esempio, v. nota 32.

che»²⁰, o riferimenti all'«irrazionalità del sistema» a cui si giungerebbe. Un buon esempio è offerto dall'interpretazione del co. 6-*bis* dell'art. 438 c.p.p., introdotto con la L. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando): la disposizione stabilisce che «la richiesta di giudizio abbreviato proposta nell'udienza preliminare determina la sanatoria delle nullità, sempre che non siano assolute, e la non rilevabilità delle inutilizzabilità, salve quelle derivanti dalla violazione di un divieto probatorio. Essa preclude altresì ogni questione sulla competenza per territorio del giudice». La disposizione, indubbiamente infelice, è chiarissima nel collegare sanatorie e preclusioni alla richiesta del rito alternativo, e non al suo accoglimento. Eppure gli interpreti concordano nel sostenere che questi effetti si hanno esclusivamente nel caso di accoglimento della richiesta («benché la “sanatoria” e la “non rilevabilità” ivi previste siano direttamente collegate alla richiesta di giudizio abbreviato, è evidente che l'effetto si realizza solo in quanto la richiesta sia accolta, ossia disposto l'abbreviato»²¹; «non può seriamente dubitarsi, pena la completa irrazionalità della disciplina, che tutte le preclusioni che il nuovo art. 438, co. 6-*bis*, c.p.p. collega alla “richiesta” di giudizio abbreviato siano condizionate all'accoglimento di questa»²²).

Si noti che quando si ricorre all'argomento apagogico non vengono evocati i «principi generali»²³. Anzi, non sembra sbagliato sostenere che quando si ricorre a questo argomento ci si è già resi conto di non potere ricorrere ai principi generali, i quali, altrimenti, sarebbero stati chiamati in causa ben prima (per rimuovere dall'orizzonte processuale il co. 1-*bis* dell'art. 405 c.p.p.²⁴, non si è avvertita la necessità di parlare di «irrazionalità del sistema», ma ci si è serviti dei principi enunciati negli artt. 3 e 112 della Costituzione²⁵).

Dovrebbe apparire allora evidente che l'argomento apagogico è «un argomento piuttosto fragile», poiché «l'“assurdo” è nozione storicamente relativa e

²⁰ Si veda, di nuovo, la nota 32.

²¹ FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il cortocircuito della “Riforma Orlando”*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1266 (corsivo aggiunto).

²² LAVARINI, *Il nuovo “volto” del giudizio abbreviato tra adeguamento al diritto vivente e aporie sistematiche*, in *Indagini preliminari e giudizio di primo grado: Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di Giuliani, Orlandi, Torino, 2018, 173, nota 51 (corsivo aggiunto).

²³ Sul cui uso si tornerà a breve.

²⁴ Il quale, introdotto con la l. 20 febbraio 2006, n. 46, prevedeva che il pubblico ministero, al termine delle indagini, dovesse formulare richiesta di archiviazione quando la Corte di cassazione si fosse pronunciata in ordine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e non fossero stati acquisiti ulteriori elementi a carico.

²⁵ Corte cost., n. 121 del 2009, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2027, con nota di LONATI, *Una norma tre volte irragionevole: il comma 1-bis dell'art. 405 c.p.p.*

mutevole»²⁶. Se si ha a cuore il principio di legalità, allora, si dovrebbe essere cauti nel manipolare gli enunciati normativi sostenendo – di fatto – che la discrezionalità normativa è stata male esercitata (con ciò non si vuole dire che a esso non sia mai lecito far ricorso; s'intende semplicemente dire che ogni volta che lo si usa non si contribuisce a rafforzare l'ideale del principio di legalità).

In tempi recenti, spesso, prima di procedere alla critica delle creative elaborazioni giurisprudenziali, si premette un assunto indiscutibile, col quale si mira a riconoscere, entro un certo limite, uno spazio di manovra all'interprete: «oggi nessuno pensa che la soggezione alla legge equivalga ad una sua meccanica applicazione, secondo l'ingenua versione del giudice-bocca della legge o codice animato [...]. Tutti sono consapevoli che, data l'inevitabile vaghezza e imprecisione semantica della lingua, ogni disposizione è suscettibile di una serie di possibili, concorrenti interpretazioni; e che la lettera della legge, il dato testuale, è sì il fondamentale punto di partenza, come vuole l'art. 12 delle preleggi, ma non esaurisce il compito dell'interprete che deve selezionare i possibili significati in base al contesto in cui si colloca la disposizione e alla loro conformità alle fonti sovraordinate»²⁷. L'interprete ha però un ruolo più incisivo. Non seleziona solo i possibili significati di talune espressioni contenute nelle disposizioni; seleziona anche le disposizioni. Decide che per interpretare una disposizione che il legislatore ha previsto per il giudizio abbreviato è necessaria anche una disposizione prevista per il dibattimento, o per il patteggiamento. L'ambiguità di certe espressioni e la vaghezza di alcuni concetti forniscono i più immediati punti d'appoggio ai quali gli interpreti fanno ricorso per tracciare i più vari percorsi ermeneutici²⁸, ma non sono gli unici: «di fatto, l'apparenza di univocità persino di un enunciato [...] semplice si rivela ingannevole. Nel mondo giuridico, beninteso, queste situazioni d'incertezza sarebbero rose e fiori, e qualunque giurista si leccherebbe i baffi.

²⁶ Le due citazioni sono tratte da TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 369.

²⁷ FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il cortocircuito della "Riforma Orlando"*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1270 (il corsivo è aggiunto). V. anche MAZZA, *Conciliare l'inconciliabile: il vincolo del precedente nel sistema di stratta legalità (civil law)*, in *questa Rivista, Speciale riforme*, 2018, 4.

²⁸ In ogni caso, se è vero che il vincolo derivante dal primo comma dell'art. 12 delle preleggi è «un vincolo assai più elastico di quello che pensano coloro i quali ammoniscono il giudice a rispettare l'art. 12», è altrettanto vero che costituisce «pur sempre un limite alla libera *invenzione* del diritto da parte dei giudici» (LAZZARO, *La funzione dei giudici*, in *Problemi di teoria del diritto*, a cura di Guastini, Il Mulino, 1980, 312; originariamente in *Riv. dir. proc.*, 1971, 1-16). È evidente che «un testo "aperto" è pur sempre un testo, e un testo può suscitare infinite letture senza però consentire qualsiasi lettura possibile. È impossibile dire quale sia la migliore interpretazione di un testo, ma è possibile dire quali siano sbagliate» (ECO, *Il lavoro dell'interpretazione*, in Id, *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, 1990, 107).

Ciò, soprattutto, a causa del fatto che gli enunciati giuridici soffrono di solitudine: non si aggirano mai dai soli, ma sono sempre in compagnia dei loro simili, che costituiscono una moltitudine. Cosicché non si tratta mai di interpretare un solo enunciato, ma – prima ancora – di scegliere quale enunciato o quali enunciati utilizzare»²⁹.

L'analisi delle interpretazioni del novellato art. 111 Cost., di nuovo, offre un ottimo esempio: il quinto comma stabilisce che «la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato». Non «delle parti», non «dell'imputato e del pubblico ministero». «Dell'imputato». Eppure, svariati giuristi³⁰ – selezionando gli enunciati normativi ritenuti rilevanti³¹ – hanno affermato che non di «consenso dell'imputato» si tratterebbe, bensì di «consenso delle parti»³².

Ma anche quello della (libera) combinazione delle disposizioni non è che uno dei vari modi con i quali vengono create norme la cui formulazione è ben distante dal punto di partenza legislativo.

A volte, per la verità, è proprio il punto iniziale a non piacere, e allora viene rimosso. All'argomento apagogico³³ solitamente si ricorre solo dopo essersi

²⁹ GUASTINI, *Introduzione all'analisi del linguaggio normativo*, in *Introduzione teoria allo studio del diritto*, a cura di Castignone, Guastini, Tarello, Genova, 1981, 25.

³⁰ La tesi, formulata prima della L. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando), era finalizzata a creare una norma che rendesse necessario il consenso del pubblico ministero per attribuire valore probatorio alle investigazioni difensive depositata immediatamente prima della richiesta del giudizio abbreviato.

³¹ Nella fattispecie il quarto e il quinto comma dell'art. 111 Cost. con il secondo nella parte in cui prevede il c.d. principio di parità delle parti.

³² È vero, si sostiene, che il quinto comma dell'art. 111 Cost. indica tra le eccezioni al «principio del contraddittorio nella formazione della prova» il «consenso dell'imputato». Ciò tuttavia sarebbe dovuto alla circostanza che il legislatore costituzionale aveva «in mente la posizione dell'imputato, [la qual cosa] non abilita a ignorare che lo stesso art. 111, co. 5, Cost. si presenta come (pseudo-)derogatorio rispetto al precedente comma 4, ma non all'anteriore co. 2, comprensivo pure del canone della parità delle parti tra le parti» (UBERTIS, *Eterogenesi dei fini e dialettica probatoria nel rito abbreviato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2009, 2077): «la necessità di ristabilire il sinallagma delle posizioni, nonostante il tenore letterale della norma disinvolatamente sbilanciato, si ricava dallo stesso art. 111 Cost. che al secondo comma – con riferimento alla giurisdizione in genere – precisa che ogni processo deve svolgersi “nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità» (GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)*, *II Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, Treccani, VIII, 2001, 10; il corsivo è aggiunto). S'imporrebbe quindi una «lettura doverosamente “ortopedica”» (GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, cit., 10; il corsivo è aggiunto) secondo la quale «la locuzione “consenso dell'imputato” di cui all'art. 111 comma 5 andrebbe intesa come consenso delle parti» (CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Padova, 2010, 788). Così anche MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, in *Id*, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, 17, il quale ritiene che «sebbene l'art. 111 Cost. riferisca il consenso al solo imputato, gli interpreti sono concordi nel superare quello che viene giudicato un *infortunio linguistico* del legislatore costituzionale e nell'estendere la previsione a ogni soggetto processuale» (il corsivo è aggiunto).

³³ V. retro.

resi conto di non potere operare con i principi, i quali - oltre ad essere uno dei principali strumenti per sostenere che una disposizione, la cui lettura sembra portare a una pluralità di norme, conduce a una, e una sola di esse³⁴ - sono «un eccellente strumento per togliere di mezzo (per cancellare, derogare, ignorare, depotenziare, sminuire...) una premessa sgradita, percepita come un limite irrazionale in quanto impedisce di trarre la conclusione desiderata»³⁵.

Nel 1992 la Corte costituzionale, non appagata dalle disposizioni che permettevano l'acquisizione in dibattimento degli atti formati nel corso delle indagini, scardinava il codice Vassalli sulla base del c.d. «principio di non dispersione dei mezzi di prova»³⁶; l'anno successivo invece, innanzi alle due norme che sembravano potersi trarre dall'art. 507 c.p.p., dissolveva ogni dubbio servendosi del principio di obbligatorietà dell'azione penale, giungendo a sostenere che una, e una sola norma, fosse compatibile con il quadro costituzionale³⁷. Nel secondo caso il principio esisteva effettivamente (non esisteva invece alcuna ragione per evocarlo³⁸), mentre nel primo era elaborato *ad hoc* dalla Corte³⁹. In comune c'era l'uso disinvolto dei «principi», validissimi mezzi per «la manipolazione dei precetti giuridici»⁴⁰, chiamati in causa solo per giustifi-

³⁴ Si riprendono alcune considerazioni svolte in PASTA, *I principi generali, la CEDU e le responsabilità dei giuristi - Sulla rinnovazione dell'istruttoria in appello come condizione per un'assoluzione*, in questa *Rivista*, 2017, 911 ss.

³⁵ LUZZATI, *Principi e principi. La genericità del diritto*, Torino, 2012, 18.

³⁶ Il quale, secondo Corte cost., n. 255 del 1992, in *Giur. cost.*, 1992, 1961, emergeva «con evidenza da tutti quegli istituti che recuperano al fascicolo del dibattimento, e quindi alla utilizzazione probatoria, atti non suscettibili di essere surrogati (o compiutamente e genuinamente surrogati) da una prova dibattimentale».

³⁷ Secondo Corte cost., n. 111 del 1993, in *Giur. cost.* 1993, 901, se s'impedisce al giudice del dibattimento d'esercitare i propri poteri probatori in assenza d'istruttoria si violerebbe, tra l'altro, «l'art. 112 Cost. dato che di fatto [si] consente al pubblico ministero [...] l'elusione sostanziale dell'obbligo di esercitare l'azione penale».

³⁸ Per le ragioni a sostegno di questa affermazione ci si permette di rinviare a PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza. La logica dell'ipotesi, il paradigma dell'interesse*, Padova, 2016, 193 ss. e 404 ss.

³⁹ I commentatori di Corte cost., n. 255 del 1992, cit. furono pronti a rilevare l'errore in cui erano incorsi i giudici della Consulta: le disposizioni citate non erano altro che «un complesso di deroghe ai criteri generali preordinati alla formazione della prova, la cui *ratio* risiede nella loro natura di episodi eccezionali nell'economia del sistema» (DI CHIARA, *L'inquisizione come «eterno ritorno»: tecnica delle contestazioni ed usi dibattimentali delle indagini a seguito della sentenza 255/92 della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1992, I, c. 2019). La Corte aveva ricavato «un sedicente "principio di non dispersione della prova" [...] per amplificazione dalle deroghe all'oralità e al contraddittorio previste dal codice di rito, col singolare risultato di convertire in regola le eccezioni» (FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 3). Insomma, movendo dalle eccezioni a un principio *x*, era stato elaborato un principio *y*; sulla cui base era stata dichiarata l'incostituzionalità delle disposizioni che erano espressione del principio *x*.

⁴⁰ L'espressione è tratta da TARELLO, *Le proposizioni e i precetti*, cit., 168, il quale considera la teoria dell'interpretazione una «teoria della manipolazione dei precetti giuridici» (come rileva GUASTINI, *Ri-*

care una conclusione a cui la Corte aveva deciso di giungere dall'inizio⁴¹.

In questa sede non importa valutare la fondatezza delle tesi esposte. Si vuole solo porre in evidenza che se a volte tra una disposizione e una norma sta, per così dire, un brevissimo percorso ermeneutico, dal quale è pressoché impossibile allontanarsi, in altri casi le cose non sono altrettanto lineari, e l'approdo dipende in larga parte dall'ideologia dell'interprete, dai valori che predilige⁴². L'unico freno all'arbitrio – come accade al giudice nel singolo processo – è costituito dall'obbligo di giustificare la conclusione⁴³.

Stando così le cose, sarebbe opportuno prendere atto del ruolo che ha l'interprete nell'elaborazione delle norme, relegare nel passato le tesi di coloro i quali «configurano l'interpretazione come “scoperta” del significato di una “norma”, dunque come attività cognitiva, che ha ad oggetto norme e produce conoscenza di norme»⁴⁴, e riconoscere che nel caso di precetti giuridici, «il precetto più che un dato costituisce il risultato di una operazione»⁴⁵.

Enunciata la norma, in capo all'interprete rimane il compito di giustificare il percorso seguito. Agli altri interpreti non resta che valutare la giustificazione offerta.

leggendo Tarello, cit., 4, «la teoria dell'interpretazione, si noti bene, è un discorso *descrittivo* che risponde alla domanda: “Come, di fatto, in un ambiente istituzionale dato, gli operatori giuridici impiegano i documenti normativi (...)?”. Essa dunque non va confusa con l'ideologia dell'interpretazione, ossia con i discorsi *prescrittivi* che rispondono alla domanda: “Quale tecnica di impiego dei documenti normativi è *bene* impiegare, indurre altri ad impiegare, propagandare e lodare?»). Sul punto si tornerà nel par. 9.

⁴¹ Per un altro notevolissimo esempio, si pensi a quanto accadde nel 2007, quando venne dichiarata l'incostituzionalità della disposizione che non prevedeva per l'accusa il potere di impugnare le sentenze di proscioglimento (art. 1, co. 2, l. n. 46 del 20 febbraio 2006, c.d. legge Pecorella). Corte cost., n. 26 del 2007, in *Giur. cost.* 2007, 221 sostenne che «la parità delle parti è enunciata come regola generalissima, riferita indistintamente ad “ogni processo” e senza alcuna limitazione a determinati momenti o aspetti dell'iter processuale», che «le eventuali menomazioni del potere di impugnazione della pubblica accusa, nel confronto con lo speculare potere dell'imputato, de[vo]no comunque rappresentare – ai fini del rispetto del principio di parità – soluzioni normative sorrette da una ragionevole giustificazione» le quali, *secondo la Corte*, nella fattispecie mancavano: se l'imputato aveva il diritto di impugnare una sentenza di condanna, allora il pubblico ministero doveva avere quello di impugnare una sentenza di assoluzione.

⁴² Se qualcuno è riuscito a intravedere nella Costituzione il riconoscimento del principio di oralità laddove di «oralità» proprio non si parla, è perché prima di interpretare ha attribuito a quel principio un grande valore, tale da giustificare la ricerca.

⁴³ GUASTINI, *Argomentare l'interpretazione*, cit., 133.

⁴⁴ Come è stato osservato, «nella cultura giuridica occidentale moderna, è abituale per i giuristi e obbligatorio per i giudici “motivare” le loro decisioni interpretative, ossia addurre [...] *ragioni*. Detto altrimenti: ogni decisione interpretativa – “La disposizione D esprime la norma N1 (e non la norma N2)” – si presenta normalmente come conclusione di un ragionamento. I “metodi” o “tecniche” di interpretazione altro non sono che l'insieme di ragioni che, nell'ambito di una determinata cultura giuridica, possono essere addotte a sostegno dell'interpretazione prescelta» (GUASTINI, *Rileggendo Tarello*, cit., 2).

⁴⁵ TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 346.

2. Le disposizioni sulle modalità di presentazione dell'impugnazioni.

Il primo comma dell'art. 582 c.p.p. stabilisce che, «salvo che la legge disponga altrimenti, l'atto di impugnazione è presentato personalmente ovvero a mezzo di incaricato nella cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato»⁴⁶. Il primo co. dell'articolo successivo attribuisce alle «parti e [a]i difensori» il diritto di «proporre l'impugnazione con telegramma ovvero con atto da trasmettersi a mezzo di raccomandata alla cancelleria indicata nell'articolo 582, co. 1».

Espressamente, dunque, il legislatore ha previsto che l'atto di impugnazione possa essere presentato sia personalmente, sia a mezzo di incaricato, o, in alternativa, possa essere trasmesso con telegramma o con raccomandata.

Non avrebbe molto senso chiedersi se sia possibile trarre dalle disposizioni appena menzionate una norma che consente la trasmissione di un atto d'impugnazione mediante raccomandata. Non è altrettanto ozioso interrogarsi sulla possibilità di impugnare un provvedimento servendosi di mezzi non espressamente indicati nel primo co. dell'art. 583 c.p.p. o, in alternativa, sull'estensione dei confini dei concetti lì usati (è evidente che innanzi a una disposizione in cui è previsto un elenco, si hanno due modi per ampliare l'operatività della disposizione: si può affermare che l'elenco non è tassativo, e che è possibile risalire alla comune *ratio* delle singole previsioni, per poi sostenere che anche altri casi non espressamente contemplati sono a questi accomunabili, oppure si può sostenere che l'elenco è tassativo, attribuendo ai concetti espressamente indicati nella disposizione un significato ampio).

3. Norme, e non.

Una delle prime norme controverse elaborate dagli interpreti del codice Vassalli in relazione alle modalità di presentazione delle impugnazioni è relativa all'uso del telefax.

Secondo una delle prime pronunce della Corte di legittimità era possibile presentare impugnazione anche con esso⁴⁷. O meglio, era possibile per il pubblico ministero presentare impugnazione anche con il telefax (questa limitazione soggettiva non emerge dalla massima che è stata tratta dalla sentenza⁴⁸,

⁴⁶ Come noto, per il soggetto che intende presentare impugnazione ed è qualificabile come «detenuto o internato in un istituto per l'esecuzione di misure di sicurezza», o come persona «in stato di arresto o di detenzione domiciliare ovvero è custodito in un luogo di cura», ovvero come ««parte privata» o «difensore» sono previste altre modalità dagli artt. 123 c.p.p. e 582 co. 2, c.p.p.

⁴⁷ Cass., Sez. II, 8 gennaio 1991, Callà, in *Cass. pen.*, 1992, 988.

⁴⁸ «In tema di impugnazione gli artt. 582 e 583 c.p.p. recepiscono implicitamente l'art. 150 stesso codice, che introduce quale mezzo tecnico di trasmissione, comunicazione e notificazione, il telefax, da considerare del tutto equipollente al telegramma e alla raccomandata espressamente previsti dal legislatore».

ma dall'analisi della motivazione con la quale viene giustificata la norma⁴⁹).

La Corte prendeva in considerazione i due mezzi espressamente previsti dal legislatore per la presentazione dell'impugnazione, stabiliva le caratteristiche per le quali erano stati scelti, e giungeva alla conclusione che esistevano altri mezzi che avevano quelle stesse caratteristiche⁵⁰. Individuava poi una disposizione, l'art. 150 c.p.p., in cui veniva usato un concetto la cui estrema vaghezza si prestava a ricomprendere il telefax - i «mezzi tecnici che garantiscano la conoscenza dell'atto» - , trascurando senza troppi indugi la circostanza che questa regolamentava tutt'altra fattispecie («la notificazione a persone diverse dall'imputato» decisa dal giudice «quando lo consigliano circostanze particolari»), per concludere affermando che questa «non può non applicarsi in via analogica anche al p.m.» e non può non esser letta in correlazione con l'art. 583 c.p.p. (sulla circostanza per cui «non potesse non applicarsi», e «non potesse esser letta in correlazione», peraltro, nulla si diceva).

Si trattava di una costruzione decisamente creativa, insostenibile in vari passaggi. Non sorprende allora che questa interpretazione non abbia avuto seguito, e che la giurisprudenza successiva abbia negato l'esistenza di una norma che permettesse alle parti - o anche al solo pubblico ministero⁵¹ - di presentare impugnazioni mediante telefax. La questione si è posta in numerosissimi processi, e la Corte ha costantemente affermato che «in materia di impugnazioni vige il principio di tassatività ed inderogabilità delle forme stabilite dalla legge per la presentazione [dell'atto]»⁵², e che «la dichiarazione d'impugnazione è un atto a forma vincolata, e pertanto le modalità di presentazione e ricezione della stessa costituiscono requisiti di forma che non ammettono equipollenti»⁵³.

⁴⁹ La sentenza non afferma che al difensore sia negata la possibilità di presentare impugnazione con il telefax. Ma nemmeno dice il contrario. Certo è che due dei tre argomenti posti a sostegno della decisione sembrano essere correlati alla circostanza che a impugnare sia un magistrato.

⁵⁰ Veniva in particolare segnalato che il telefax consentiva «la perfetta ed integrale trasmissione del contenuto del documento il quale peraltro risulta morfologicamente riprodotto con assoluta fedeltà sul supporto cartaceo agli atti» e garantiva «non solo la ricezione del documento ma anche la certezza della provenienza, in quanto il numero predeterminato e stabilmente assegnato assicura la provenienza dall'ufficio che risulta quale mittente cui corrisponde quel dato numero» (Cass., Sez. II, 8 gennaio 1991, Callà, cit.).

⁵¹ Negano espressamente questa possibilità all'inquirente Cass., Sez. V, 6 maggio 2010, G.A., in *Cass. pen.* 2011, 2306; Id., Sez. II, 20 novembre 2003, Flammia, in *Cass. pen.*, 2004, 4130.

⁵² Cass., Sez. I, 20 marzo 2015, Piras, in *Mass. Uff.*, n. 263321.

⁵³ Cass., Sez. II, 14 febbraio 2012, B.B., in *Guid. dir.*, f. 18, 51; Id., Sez. III, 14 giugno 2007, Luconi, in *Cass. pen.*, 2008, 4265 (analogia possibilità è preclusa anche per la presentazione dei motivi nuovi ai sensi dell'art. 585 c.p.p.: Cass., Sez. I, 18 aprile 2013, p.g. in proc. Stasi, in *Mass. Uff.*, n. 258319; Id., Sez. VI, 27 aprile 2012, Panzitta, in *Cass. pen.*, 2013, 4551). Anche la dottrina prevalente è orientata in questo senso (APRILE, *Le misure cautelari nel processo penale*, Milano, 2006, 404; NUZZO, *L'appello*

Se non era certamente persuasiva la giustificazione offerta a sostegno del giudizio sull'esistenza di una norma che legittimava la presentazione dell'impugnazione via telefax, anche queste ultime affermazioni, per non risultare fuorvianti, devono essere precisate.

Se con esse si vuole sostenere che, vigendo il «principio di tassatività ed inderogabilità delle forme stabilite dalla legge per la presentazione delle impugnazioni», allora è possibile presentare l'atto d'impugnazione esclusivamente con le modalità menzionate nella disposizione contenuta nel primo comma dell'art. 583 c.p.p., non potendosi nemmeno ipotizzare la ricerca di una *norma* che permetta una modalità alternativa, l'affermazione non è condivisibile. Se invece con l'espressione: «forme stabilite dalla legge per la presentazione delle impugnazioni» si allude alle modalità di presentazione che risultano previste da una norma (dunque, certamente, dalle norme che si traggono da una lineare lettura della disposizione contenuta nel primo comma dell'art. 583 c.p.p., ma anche da altre norme altrove rinvenibili, a patto di giustificarne in modo convincente l'esistenza⁵⁴), allora l'affermazione persuade.

Prima però di tentare di stabilire se una simile norma esiste (in particolare, se esiste una norma che permette di presentare impugnazione mediante posta elettronica certificata), è opportuno analizzare la modalità con la quale la giurisprudenza di legittimità intende i concetti indicati nelle disposizioni che regolamentano i modi di presentazione dell'impugnazione.

Se alla negazione dell'esistenza di una norma che permette la trasmissione dell'impugnazione mediante telefax la Corte è giunta escludendo la possibilità di ricorrere all'analogia, alla negazione dell'esistenza di una norma che permette la presentazione dell'impugnazione a mezzo di telegramma il cui testo è dettato per telefono giunge in un modo per certi versi opposto.

Le disposizioni codicistiche non menzionano il telefax; la Corte, ha escluso che sia utilizzabile questo strumento. Le disposizioni codicistiche menzionano il telegramma; la Corte ha escluso che sia possibile presentare l'impugnazione con telegramma dettato per telefono (ha ritenuto esista una norma che permette la presentazione delle impugnazioni con telegramma esclusivamente spedito da ufficio postale).

nel processo penale, Milano, 2008, 128; TRANCHINA, voce *Impugnazione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, II Agg., Milano, 1998, 408; VALENTINI, *I profili generali della facoltà d'impugnare*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di Gaito, Padova, 1998, 248). Per una diversa posizione DELL'ANNO, nota a Cass., Sez. II, 4 dicembre 1997, Maltacesare, in *Cass. pen.*, 1999, 198 e MACCHIA, *Processo penale e forma degli atti: ancora incertezze sul fac-simile*, in *Dir. giust.*, 2002, f. 12, 11.

⁵⁴ Naturalmente il punto nodale sta nel «convinceramente giustificata», espressione inappropriata nel caso della pseudo norma sul telefax, ma non inadatta in altri casi (v. par. 4 ss).

I confini del concetto usato dal legislatore nella disposizione («il telegramma», senza alcuna specificazione) vengono ristretti mediante la selezione di ulteriori disposizioni: nel concetto di telegramma ben potrebbe rientrare, oltre al telegramma inviato dall'ufficio postale, anche quello dettato per telefono, eppure secondo la Corte solo al primo allude il legislatore, poiché - si sostiene - le disposizioni sulla presentazione delle impugnazioni devono essere coordinate con il primo co. dell'art. 591 c.p.p., il quale a sua volta rinvia all'art. 581 c.p.p., che richiede «un atto scritto - e sottoscritto»⁵⁵. L'impugnazione presentata mediante telegramma dettato per telefono, dunque, sarebbe inammissibile «trattandosi di una modalità che non garantisce certezza in ordine all'autenticità della provenienza e all'identità dell'impugnante, come invece avverrebbe attraverso la proposizione mediante spedizione del telegramma dagli uffici postali»⁵⁶.

Se per tre collegi⁵⁷ non esisteva una norma che consentisse di presentare impugnazione mediante telegramma dettato per telefono, per un altro collegio quella restrizione del concetto di telegramma era indebita. Dal primo comma dell'art. 583 c.p.p. ha così ricavato la norma secondo cui «è ammissibile l'appello proposto dal difensore a mezzo telegramma il cui testo sia dettato per telefono»⁵⁸, giustificando il giudizio sull'esistenza di questa norma osservando che l'argomentazione «secondo la quale non sarebbe certa la provenienza di un telegramma che sia stato dettato per telefono, nel caso di specie deve dirsi infondata perché non risulta essere stata posta in dubbio la provenienza dell'atto dal difensore dell'imputato e perché [...] l'impugnazione deve ritenersi validamente proposta «ove sia possibile risalire *alimunde* al sottoscrittore come autore dell'atto»⁵⁹.

Un'altra norma che è comparsa e svanita dalle aule di giustizia è relativa all'uso della raccomandata *on line*.

Nel primo comma dell'art. 583 c.p.p. sono indicati due mezzi alternativi alla presentazione dell'impugnazione nella cancelleria. Come si è appena visto, nonostante l'espressa previsione nella disposizione del concetto di «telegramma», la giurisprudenza prevalente nega l'esistenza di una norma che

⁵⁵ Cass., Sez. II, 19 gennaio 2006, Conto Martini, in *Cass. pen.*, 2007, 2953.

⁵⁶ Cass., Sez. II, 14 gennaio 2011, Vallelonga, in *Cass. pen.*, 2012, 3014.

⁵⁷ Oltre alle due pronunce appena indicate, v. anche Cass., Sez. II, 9 dicembre 2014, Mundo, in *Mass. Uff.*, n. 245679.

⁵⁸ Cass., Sez. V, 7 ottobre 2008, S.M.L., in *Mass. Uff.*, n. 242941.

⁵⁹ Cass., Sez. V, 7 ottobre 2008, S.M.L., cit. (la citazione è tratta da Cass., Sez. III, 17 ottobre 2007, Lorusso, in *Cass. pen.*, 2009, 2532). Dunque la norma è: «è ammissibile l'appello proposto dal difensore a mezzo telegramma il cui testo sia dettato per telefono» sempre che «sia possibile risalire al sottoscrittore come autore dell'atto».

permetta la presentazione dell'impugnazione mediante telegramma dettato per telefono. Come accaduto per il primo concetto menzionato nella disposizione, per il secondo è accaduto qualcosa di analogo.

Pur riconoscendo che la raccomandata inviata con il mezzo telematico attraverso il servizio internet «rientra[...], sotto un profilo meramente formale, tra quelli ammessi dall'art. 583 c.p.p.»⁶⁰, la Corte di cassazione ha rilevato che esso «si presenta[...], nella sostanza, privo di quelle garanzie di autenticità ed effettiva riferibilità all'impugnante inderogabilmente richieste»⁶¹. Ha così stabilito che «la spedizione dell'impugnazione mediante raccomandata inviata con il mezzo telematico attraverso il servizio internet di posta raccomandata online, non consentendo la trasmissione dell'atto scritto in originale, in quanto si sostanzia nell'inoltro di un testo o un'immagine in formato digitale che le poste provvedono successivamente a stampare e recapitare al destinatario, deve ritenersi inidonea a soddisfare i requisiti di forma prescritti, a pena di inammissibilità, per la proposizione e la spedizione dell'atto d'impugnazione».

Proprio come avvenuto con il telegramma dettato per telefono, anche in questo caso un diverso interprete è giunto a ritenere esistente una norma che, secondo l'altro, non c'era.

A distanza di pochi mesi, facendo leva sulla necessità di tener conto dell'evoluzione tecnologica e della generica menzione nel testo dell'art. 583 c.p.p. della parola «raccomandata», senza ulteriori specificazioni, la Corte di legittimità ha affermato che l'interpretazione secondo la quale il secondo co. dell'art. 582 c.p.p. «si applica solo alla tradizionale raccomandata cartacea [...] è immotivatamente restrittiva»⁶². La disposizione - si prosegue - «va, invece, interpretata in linea con l'evoluzione tecnologica sicché, ove il suddetto mezzo (ossia la raccomandata on line) presenti gli stessi requisiti di certezza della tradizionale raccomandata, non vi è alcun motivo per ritenere che la certezza della data di spedizione non possa essere desunta dall'attestazione rilasciata dal Centro di gestione di Poste Italiane, tanto più che, anche sul piano letterale, la norma parla semplicemente di "spedizione di raccomandata" ma senza specificare se la spedizione debba essere cartacea o elettronica»⁶³.

Il secondo co. dell'art. 582 c.p.p. non solo non richiede, almeno espressamente, che la raccomandata sia cartacea, ma nemmeno che venga spedita tramite Poste Italiane. Sulla base di questa considerazione, e tenendo bene a

⁶⁰ Cass., Sez. III, 31 gennaio 2014, Fazi, in *Cass. pen.*, 2014, 2194.

⁶¹ Cass., Sez. III, 31 gennaio 2014, Fazi, cit.

⁶² Cass., Sez. II, 12 giugno 2014, D.A., in *Danno e Resp.*, 2014, 1088.

⁶³ Cass., Sez. II, 12 giugno 2014, D.A., cit.

mente la dimensione giuridica del concetto di «raccomandata»⁶⁴, negli ultimi anni la giurisprudenza di legittimità ha elaborato la norma (a quanto risulta, non controversa), secondo la quale «è ammissibile la presentazione di un atto di impugnazione a mezzo di raccomandata spedita tramite servizio di recapito privato regolarmente autorizzato»⁶⁵.

4. La norma sulla presentazione dell'impugnazione a mezzo di posta elettronica certificata.

Escluso il caso del telefax, negli altri casi si trattava di una diversa visione sull'esistenza di norme che nasceva da una differente attribuzione di significato alle parole usate dal legislatore («raccomandata», «telegramma»). Per giungere ad affermare che esiste una norma – ovviamente non una disposizione – che permette la presentazione dell'atto di impugnazione mediante posta elettronica certificata è necessaria un'operazione un po' più articolata.

In un'occasione la Corte di cassazione ha sostenuto che «la lettera raccomandata, di cui può avvalersi il difensore ai sensi dell'art. 152 c.p.p., può essere sostituita dalla comunicazione a mezzo PEC»⁶⁶. Nella fattispecie il tema delle impugnazioni tramite posta elettronica certificata non rilevava, e la Corte non è andata oltre questa equiparazione. Sembra però possibile affermare che nei casi in cui al difensore è permesso l'uso della raccomandata, dovrebbe essere consentito anche l'uso della posta elettronica certificata. Siccome il difensore può presentare l'impugnazione mediante raccomandata, si può concludere che sia lui consentita la presentazione dell'impugnazione anche mediante posta elettronica⁶⁷.

Come accennato, la giurisprudenza di legittimità non ha mai affermato che

⁶⁴ Dopo aver dato conto dell'evoluzione normativa e della «liberalizzazione» del servizio postale nel senso della sua apertura al mercato», Cass., Sez. III, 28 novembre 2013, P.G., in *Cass. pen.*, 2014, 2183, con nota di DELLA TORRE, *La cassazione tra forma e favor impugnationis: legittima la spedizione dell'atto di appello mediante raccomandata del servizio postale privato*, in questa *Rivista*, 2014, n. 1, con nota di CARRINO, *Sulla spedizione dell'atto di impugnazione a mezzo di servizio postale privato*, ha affermato che tra i servizi ancora oggi riservati in via esclusiva a Poste Italiane non rientra il servizio di spedizione con raccomandata dell'atto di impugnazione di cui all'art. 583 c.p.p., e che dunque è possibile presentare impugnazione mediante raccomandata fornita dai servizi di recapito privato regolarmente autorizzati dal Ministero dello sviluppo economico.

⁶⁵ Oltre che nella sentenza citata nella nota precedente, la norma è enunciata (o è assunta come presupposto) da Cass., Sez. III, 3 maggio 2017, D'Aversa, in *Mass. Uff.*, n. 270967; Id., Sez. III, 27 ottobre 2015, Chessa, in *Mass. Uff.*, n. 265269; Id., Sez. III, 6 novembre 2014, P.G., in *Cass. pen.*, 2016, 312.

⁶⁶ Cass., Sez. II, 11 gennaio 2017, Simeoli, in questa *Rivista*, 2017, n. 1, con nota di CAPUTO, *Nuovi orizzonti in tema di notificazione via pec*, e di ROSSI, *La PEC nel processo penale: un cammino tortuoso*.

⁶⁷ Così CAPUTO, *Comunicazioni e notificazioni nel processo penale*, cit., 1804.

esistesse questa norma⁶⁸: nel caso appena indicato ha sostenuto che è stata prevista un'equiparazione tra raccomandata e posta elettronica certificata senza però giungere alla conclusione appena enunciata. In un'altra occasione la Corte ha evitato di affrontare il tema, limitandosi a ipotizzare che una simile norma potrebbe esistere⁶⁹. In un caso si è ritenuto che «la rilevanza della questione» rendesse necessario l'intervento delle Sezioni unite⁷⁰, alle quali però non si è giunti poiché il Presidente della Corte ha ritenuto non esistesse un contrasto giurisprudenziale⁷¹. Moltissime pronunce hanno invece negato che una simile norma esista⁷².

Se tuttavia l'operazione esegetica con la quale si giunge all'equiparazione tra posta elettronica certificata e raccomandata è corretta, sembra possibile sostenere che questa norma esista.

5. (segue) un'equiparazione fondamentale.

All'equiparazione la Corte è giunta partendo dall'art. 48 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 («Codice dell'amministrazione digitale»), il quale al tempo in cui argomentava la Corte (il testo normativo non è oggi diverso⁷³) stabiliva che «la trasmissione telematica di comunicazioni che necessitano di una ricevuta di invio e di una ricevuta di consegna avviene mediante la posta elettronica certificata ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68, o mediante altre soluzioni tecnologiche individuate con le Linee guida» (comma 1), e che «la trasmissione del documento informatico per via telematica, effettuata ai sensi del co. 1, equivale, salvo che la legge disponga diversamente, alla notificazione per mezzo della posta»⁷⁴ (si noti che nel testo originario, antecedente alla modifica del 2010⁷⁵, il secondo comma prevedeva che «la trasmissione del documento informatico per via telematica, effettuata median-

⁶⁸ Nella fattispecie in cui è stata operata l'equiparazione tra raccomandata e posta elettronica certificata, l'invio tramite pec non concerneva un'impugnazione ai sensi dell'art. 583 c.p.p.; si trattava della notifica da effettuare ai sensi del comma 4 bis dell'art. 299 c.p.p. al difensore della persona offesa dell'istanza di sostituzione della misura della custodia cautelare in carcere con gli arresti domiciliari.

⁶⁹ Cass., Sez. II, 29 settembre 2011, B.V., in *Cass. pen.*, 2012, 1802, con osservazioni di CAPUTO, *Comunicazioni e notificazioni nel processo penale: l'equiparazione della p.e.c. alla raccomandata*.

⁷⁰ Cass., Sez. IV, 27 ottobre 2016, n. 51961, non massimata.

⁷¹ Il provvedimento di restituzione è del 3 gennaio 2017.

⁷² V. par. 6.

⁷³ Come si vedrà, lo era invece in origine.

⁷⁴ Il terzo comma prevede che «la data e l'ora di trasmissione e di ricezione di un documento informatico trasmesso ai sensi del co. 1 sono opponibili ai terzi se conformi alle disposizioni di cui al decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68, ed alle relative regole tecniche, ovvero conformi alle Linee guida».

⁷⁵ Effettuata dall'art 33, co. 1, del d.lgs. 30 dicembre 2010, n. 235.

te la posta elettronica certificata, equivale, *nei casi consentiti dalla legge*, alla notificazione per mezzo della posta»).

Secondo la Corte «sulla base dell'art. 48 dell'anzidetto Codice la notifica a mezzo PEC è equiparata alla notifica per mezzo della posta, salvo che la legge non disponga altrimenti; equivalenza che, come è di facile rilievo, trova la sua ragione nel fatto che la PEC offre le medesime certezze della raccomandata in ordine all'identificazione del mittente e all'avvenuta ricezione dell'atto (documentabile, in caso della PEC, attraverso la produzione del rapporto di consegna al destinatario e ricevuta di accettazione). In tale contesto normativo deve allora ritenersi che la lettera raccomandata, di cui può avvalersi il difensore ai sensi dell'art. 152 c.p.p., può essere sostituita dalla comunicazione a mezzo PEC»⁷⁶. Ma della raccomandata, è lecito proseguire, il difensore può avvalersi anche ai sensi dell'art. 583 c.p.p., dunque dovrebbe esser a lui consentita la presentazione delle impugnazioni tramite posta elettronica certificata.

6. (segue) un argomento a contrario.

Nel negare che questa norma esista (o, se piace giocare con le parole, nel sostenere che esiste la norma: «è inammissibile l'atto d'impugnazione presentato mediante posta elettronica certificata»), la giurisprudenza di legittimità ha fornito una serie di argomenti

Quello più frequentemente richiamato, presente in pressoché tutte le pronunce, si basa sul confronto tra la normativa che regola il processo penale e quella che disciplina il processo civile: è ben vero - sostiene la Corte - che «il valore legale della Posta Elettronica Certificata è equiparato alla raccomandata con ricevuta di ritorno»⁷⁷; tuttavia «manca nelle disposizioni che regolamentano il processo penale, a differenza di quanto previsto per il procedimento civile, una norma che consenta l'inoltro in via telematica degli atti di parte»⁷⁸. Mentre infatti per il processo civile è stato previsto l'obbligo di deposito degli atti in via telematica, per il processo penale «l'utilizzo della PEC è stato consentito, ma a partire dal 15 dicembre 2014, solo per le notificazioni per via telematica da parte delle cancellerie nei procedimenti penali a persona diversa dall'imputato - a norma dell'art. 148 c.p.p., co. 2-bis, artt. 149 e 150 c.p.p.,

⁷⁶ Cass., Sez. II, 11 gennaio 2017, Simeoli, cit.

⁷⁷ Cass., Sez. III, 11 luglio 2017, Giacinti, in *Guid. dir.*, 2017, f. 48, 112 (la quale richiama il D.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68, Regolamento recante disposizioni per l'utilizzo della posta elettronica certificata, a norma dell'articolo 27 della legge 16 gennaio 2003, n. 3).

⁷⁸ Cass., Sez. III, 11 luglio 2017, Giacinti, cit.

e art. 151 c.p.p., co. 2)»⁷⁹.

Si tratta, come appare evidente, di un argomento *a contrario* (peraltro declinabile in due diversi modi, a seconda della disposizione che viene presa come riferimento: a) il legislatore ha previsto che il deposito degli atti delle parti nel processo civile avvenga in via telematica; se avesse voluto consentire il deposito nel processo penale, lo avrebbe detto; non l'ha detto, quindi non è consentito; b) nel processo penale il legislatore consente che le cancellerie effettuino a persona diversa dall'imputato le notifiche per via telematica; se avesse inteso accordare analoga possibilità ai difensori, lo avrebbe detto; non l'ha detto, quindi non è consentito).

L'argomento *a contrario* è quello per cui, «essendo data una norma che predica una qualsiasi qualificazione normativa (ad esempio un potere, un obbligo, uno status) di un soggetto o di una classe di soggetti, in mancanza di altra norma espressa» porta a «escludere che valga (che esista, che sia valida) una diversa norma la quale predichi quella stessa qualificazione normativa per qualsiasi altro soggetto o classe di soggetti»⁸⁰. Si tratta di un argomento che «può essere usato sia per colmare una lacuna, sia per crearla. Facciamo un esempio. L'art. 18, 1 co., cost. dispone che "I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente [...]". Proviamo a domandarci se la costituzione conferisca il diritto di riunione anche agli stranieri o agli apolidi. Argomentando *a contrario* dalla disposizione menzionata, si può rispondere in due modi alternativi. a) Prima risposta: la costituzione conferisce il diritto in questione solo ai cittadini; dunque gli stranieri e gli apolidi ne sono esclusi. Da questo punto di vista, la costituzione non è lacunosa: conferisce un diritto ad una certa classe di soggetti e, così facendo, implicitamente nega quel diritto ad ogni altro soggetto. b) Seconda risposta: la costituzione conferisce il diritto in questione solo ai cittadini; ma ciò non significa che gli apolidi e gli stranieri ne siano esclusi.

La costituzione, semplicemente, tace in proposito: dunque omette di disciplinare questa fattispecie; insomma, contiene una lacuna. Nell'un caso, l'argomento *a contrario* è usato come argomento produttivo di una norma implicita (di contenuto negativo), e sortisce l'effetto di colmare una lacuna. Nell'altro caso, lo stesso argomento è usato come argomento semplicemente interpretativo, e sortisce l'effetto non già di colmare una lacuna (mediante una

⁷⁹ Cass., Sez. II, 3 dicembre 2015, Livisiani, Rv. 263189.

⁸⁰ TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 346.

norma implicita), ma anzi di metterla in luce, lasciando aperta la possibilità di colmarla in modi diversi»⁸¹.

È evidente che la giurisprudenza di legittimità si serve dell'argomento *a contrario* come argomento produttivo di una norma implicita di contenuto negativo (al difensore, non menzionato nella disposizione, è vietata la presentazione di impugnazioni tramite posta elettronica certificata⁸²). Non c'è però motivo per non usarlo come argomento interpretativo: così non si colma la lacuna, ma la si pone in evidenza, avendo la possibilità di colmarla ricorrendo alle previsioni del d.lgs. n. 82 del 2005, c.d. Codice dell'amministrazione digitale che, come si è visto, stabilisce l'equiparazione della trasmissione di un documento informatico con la posta elettronica certificata alla notificazione a mezzo raccomandata⁸³. Non è allora difficile sostenere che quando il legislatore ha inteso disciplinare le modalità di deposito degli atti delle parti private nel processo civile e il regime delle notifiche delle cancellerie nel processo penale ha semplicemente provveduto a fornire una regolamentazione specifica per quelle precise situazioni, con ciò non volendo escludere la validità di quanto previsto nel Codice dell'amministrazione digitale, il quale permette di trasmettere atti tramite posta elettronica certificata anche al difensore nel processo penale. Per la verità alcuni collegi che negano l'esistenza della norma – evidentemente consapevoli della possibilità di colmare la lacuna mediante il Codice dell'amministrazione digitale – hanno tentato di confutare il passaggio: «né può dirsi che la rievocata tassatività, fissata dal legislatore con riferimento alla specifica materia de qua, sia superabile alla luce del disposto del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, art. 48 che sancisce la equiparazione della trasmissione di un documento informatico con la posta elettronica certificata, alla notificazione a mezzo posta. Infatti, tale norma fa salva comunque la specialità delle normative di settore, nel caso in esame rappresentate dal disposto dell'art. 583 c.p.p.»⁸⁴.

⁸¹ GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 365; v. anche Kelsen, *Sulla teoria dell'interpretazione*, in Id., *Il primato del parlamento*, Milano, 1982, 164: «la totale mancanza di valore dell'*argumentum a contrario* e dell'analogia, normalmente utilizzati, deriva a sufficienza dal fatto che entrambi conducono a risultati contrastanti e non c'è alcun criterio per stabilire quando debba essere applicato l'uno e quando l'altra».

⁸² Volendo trarre un esempio dall'art. 111 della Costituzione: il secondo comma dell'articolo prevede che «ogni processo si svolge [si deve svolgere] nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale»; il quarto comma dell'articolo stabilisce che «il processo penale è [deve essere] regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova», quindi «il processo civile non è [non deve essere] regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova».

⁸³ Con le precisazioni che si diranno nel par. 7.

⁸⁴ Cass., Sez. V, 5 marzo 2015, Pm in proc. Alamaru, in *Guid. dir.*, f. 32, 2015. Analogo rilievo si ritrova

Il tentativo di confutazione, tuttavia, non sembra andare a buon fine.

Mentre nel periodo compreso tra il 2005 e il 2010 non sarebbe nemmeno stato possibile ipotizzare un collegamento tra l'art. 583 c.p.p. e l'art. 48 del codice dell'Amministrazione digitale, poiché il secondo comma prevedeva che «la trasmissione del documento informatico per via telematica, effettuata mediante la posta elettronica certificata, equivaleva, *nei casi consentiti dalla legge*, alla notificazione per mezzo della posta» (e l'art. 583 c.p.p. «non consentiva»), dopo la modifica del 2010 la medesima disposizione stabilisce che «la trasmissione del documento informatico per via telematica, effettuata ai sensi del comma 1, equivale, *salvo che la legge disponga diversamente*, alla notificazione per mezzo della posta» (e l'art. 583 c.p.p. «non dispone altrimenti»). Per sostenere che era prevista l'equiparazione, dunque, nel periodo antecedente al 2010 sarebbe stato necessario individuare una disposizione che espressamente formulasse l'equiparazione. Da tale anno è stato stabilito il contrario, e l'equiparazione è stata generalmente prevista, salva la possibilità di una espressa esclusione⁸⁵. Non è vero, dunque, che l'art. 48 del codice dell'Amministrazione digitale «fa salva comunque la specialità delle normative di settore». È la «normativa di settore» a dover escludere l'equiparazione e, contrariamente a quanto affermato dal giudice di legittimità, nel «disposto dell'art. 583 c.p.p.» non vi è alcuna esclusione.

Il tentativo di confutazione andato a vuoto dimostra la debolezza della tesi contraria all'esistenza della norma e la fondatezza della tesi stessa (se l'equiparazione non è possibile perché esiste la clausola che «fa salva la specialità delle normative di settore», e tale clausola non esiste, allora l'equiparazione è possibile).

7. (segue) una restrizione indebita.

Per giungere a sostenere che esiste una norma che permette al difensore di presentare impugnazione mediante posta elettronica certificata manca però un passaggio, non considerato né dall'unica pronuncia che ha ritenuto possibile l'equiparazione⁸⁶, né dalle numerose pronunce che l'hanno negata. Se non si effettua questo ultimo passo, tuttavia, l'intera giustificazione a sostegno

in Cass., Sez. VI, 5 dicembre 2017, C., in *Mass. UII.*, n. 271677, e in Id., Sez. II, 3 dicembre 2015, Livisiani, cit. Così anche BOVE, *Notificazioni telematiche nel procedimento penale: questioni giuridiche e problematiche applicative*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁸⁵ L'espressione «salvo la legge disponga diversamente» sembra essere interpretata dalla Corte come equivalente a «salvo la legge non preveda modalità diverse». Semmonché, se così fosse, l'equiparazione non ci sarebbe mai: ci sarebbe solo nei casi in cui la disposizione la prevede espressamente.

⁸⁶ V. par 4.

del giudizio sull'esistenza della norma cade.

È infatti vero, come si è visto, che il secondo comma dell'articolo 48 del Codice dell'amministrazione digitale prevede l'equiparazione tra posta elettronica certificata e raccomandata, ma questa disposizione nulla dice riguardo all'ambito, per così dire, soggettivo, alla legittimazione a servirsi del nuovo strumento: si tratta di una disposizione prevista - come sembrerebbe rivelare il titolo del decreto - per l'amministrazione digitale, ed il secondo comma dell'art. 2 del decreto espressamente stabilisce che «le disposizioni del presente Codice si applicano: a) alle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 [...] b) ai gestori di servizi pubblici [...] c) alle società a controllo pubblico [...]». Dunque l'art. 48, indubbiamente qualificabile come «disposizioni del presente Codice» sembrerebbe applicarsi esclusivamente alle trasmissioni dei documenti informatici di questi soggetti.

In effetti in un caso la Corte di cassazione ha posto in evidenza questa limitazione soggettiva. È stata nell'occasione in cui si è mostrata più sensibile al problema, quando ha chiesto l'intervento delle Sezioni unite «data la rilevanza della questione», nonostante fosse convinta che l'attuale assetto normativo non consentisse l'elaborazione della norma: secondo la Corte, infatti, l'art. 48, co. 2 del Codice dell'amministrazione digitale, il quale «effettivamente prevede [...] che “la trasmissione del documento informatico per via telematica, effettuata mediante la posta elettronica certificata, equivale, nei casi consentiti dalla legge, alla notificazione per mezzo della posta” non rileva nel caso di specie e ciò [...] per l'assorbente ragione che le disposizioni in essa contenute si applicano, come espressamente previsto dall'art. 2, co. 2, alle pubbliche amministrazioni di cui al d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 1, co. 2»⁸⁷, e non - sottinteso - al difensore nel processo penale.

Mentre è senz'altro corretta la premessa (nel secondo comma dell'art. 2 del d.lgs. n. 82 del 2005 non viene indicato il difensore, ma sono menzionati solo soggetti pubblici), non è condivisibile la conclusione (le disposizioni contenute nel decreto, art. 48 compreso, non si applicano a soggetti diversi da quelli indicati nel secondo co. dell'art. 2).

Nell'articolo 3 del decreto si stabilisce infatti che «chiunque ha il diritto di usare, in modo accessibile ed efficace, le soluzioni e gli strumenti di cui al presente Codice nei rapporti con i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2», ed

⁸⁷ Cass., Sez. IV, 27 ottobre 2016, F.G.G., in *Dir. & Giust.*, 2016, 12 dicembre (come evidente, la Corte erroneamente riporta l'inciso «nei casi consentiti dalla legge», presente nel testo originario dell'art. 48, ma sostituito fin dal 2010).

piuttosto evidente che tra i «chiunque» ci sia anche il difensore, soggetto peraltro obbligato, ai sensi dell'art. 3-*bis* del decreto, «di dotarsi di un domicilio digitale»⁸⁸.

La Corte, dunque, sbaglia nella selezione degli enunciati normativi rilevanti, omettendo di considerare le disposizioni che rendono applicabile anche al difensore nel processo penale l'articolo 48.

Collegando dunque le disposizioni contenute negli articoli 3, 48 del codice dell'Amministrazione digitale⁸⁹, con quella contenuta nell'art. 583 c.p.p., è possibile giungere a sostenere che esiste una norma che consente al difensore (ma anche al pubblico ministero) di presentare impugnazione mediante posta elettronica certificata.

È forse superfluo aggiungere che in questo modo non si viola il «principio di tassatività ed inderogabilità delle forme stabilite dalla legge per la presentazione delle impugnazioni»⁹⁰, giacché esso – rettamente inteso – non comporta che sia possibile presentare l'atto d'impugnazione esclusivamente con le modalità menzionate nella disposizione contenuta nel primo co. dell'art. 583 c.p.p., ma che l'impugnazione può essere presentata in tutti i modi consentiti da una norma, quale è quella che si ricava da una rapida lettura del primo co. dell'art. 583 c.p.p., e quale è quella che si trae dall'interpretazione degli artt. 3, 48 d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, 583 c.p.p.⁹¹.

Si noti che a quest'ultima si giunge movendo da disposizioni espressamente previste, e non con l'uso disinvolto di principi generali, quale il c.d. *favor impugnationis*, del quale è possibile parlare se si vuole indicare il principio che è stato preso come riferimento dal legislatore quando ha stabilito talune disposizioni – il quinto co. dell'art. 568 c.p.p., il secondo comma dell'art. 582, il primo co. dell'art. 583 c.p.p., per esempio -, e che non dovrebbe essere usato

⁸⁸ Al pari dei «soggetti di cui all'art. 2, co. 2», dei «soggetti tenuti all'iscrizione nel registro delle imprese» e di tutti gli altri «professionisti tenuti all'iscrizione in albi ed elenchi».

⁸⁹ Ma anche con il secondo co. dell'art. 1 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (al quale fa rinvio il secondo comma dell'art. 2 del codice dell'Amministrazione digitale per individuare le «pubbliche amministrazioni» alle quali si applica il codice stesso). Secondo la disposizione «per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato [...]», espressione alla quale dovrebbero ricondursi senza troppi problemi le cancellerie dei tribunali e le segreterie dei pubblici ministeri.

⁹⁰ Per la citazione, v. par. 3.

⁹¹ Non si ha dunque un allargamento del concetto di raccomandata, espressamente previsto nell'art. 583 c.p.p., ma un'estensione delle conseguenze giuridiche previste per qualcosa a qualcosa di diverso: l'atto trasmesso mediante posta elettronica certificata non è un atto trasmesso a mezzo di raccomandata, proprio come il latitante non è l'evaso, l'indicazione degli atti non è la lettura degli atti, e il mancato impedimento di un evento non è cagionarlo. Il quinto co. dell'art. 296 c.p.p., il quinto comma dell'art. 511 c.p.p. e il secondo co. dell'art. 40 c.p., al pari di tutte le disposizioni in cui si prevede una clausola di equiparazione o di equivalenza, si limitano a estendere le conseguenze giuridiche previste in relazione a una certa entità o situazione, a una diversa.

dall'interprete per svincolarsi dal testo normativo. Si dovrebbe evitare, in altri termini, di seguire le orme tracciate dalla Corte costituzionale nel 1992⁹², e sostenere che dalle disposizioni quali gli artt. 568, co. 5, 582, co. 1, 583, co. 2 c.p.p., è possibile ricavare un principio, quello del *favor impugnationis*, al quale l'interprete può far ricorso per liberarsi dalle catene della semantica e della sintassi, e creare così norme che più appagano la sua sensibilità⁹³.

La norma che prevede questa ulteriore modalità di presentazione delle impugnazioni, naturalmente, andrà poi coordinata con le altre norme che regolano il processo penale, non ultime quelle che stabiliscono il luogo presso il quale va depositato l'atto⁹⁴ (ad es. la norma che si ricava dalla disposizione contenuta nel quarto comma dell'art. 309 c.p.p.) e quelle che si ottengono dalla lettura combinata delle disposizioni contenute negli artt. 582, co. 2, e 583, comma 1, c.p.p. (in modo condivisibile la giurisprudenza di legittimità ha escluso che la prima delle due disposizioni, secondo la quale le parti private possono presentare l'atto di impugnazione nella cancelleria del tribunale del luogo in cui si trovano, se diverso da quello in cui fu emesso il provvedimento impugnato, possa trovare applicazione nel caso in cui la parte, invece di «presentare» l'atto di impugnazione, si avvalga della facoltà, prevista dall'art. 583 c.p.p., di spedirlo con telegramma o con lettera raccomandata, dovendosi in tal caso indirizzare l'atto esclusivamente all'ufficio competente a decidere sull'impugnazione⁹⁵).

8. (segue) un'utilità rilevante.

Ci si rende conto che è assai più facile trarre dall'art. 583 c.p.p. la norma secondo la quale alle parti è consentito presentare impugnazione con telegramma, che non ricavare, seguendo il percorso appena indicato, la norma

⁹² V. nota 39.

⁹³ Sull'inclinazione degli interpreti a creare principi coi quali manipolare i testi normativi ci si permette di rinviare PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 216 ss.

⁹⁴ Colui il quale impugna, dunque, dovrebbe essere al corrente dell'indirizzo di posta elettronica della cancelleria del giudice al quale l'impugnazione viene presentata, rischiando altrimenti di incorrere nella sanzione dell'inammissibilità.

⁹⁵ Cass., Sez. III, 20 luglio 2016, Calleri, in *Arch. nuov. proc. pen.* 2017, 2, 193. Mentre ha senso prevedere – come ha stabilito il legislatore attuando il *favor impugnationis*, – la possibilità di depositare l'impugnazione presso la cancelleria più vicina, o di spedirla tramite raccomandata o posta elettronica certificata, non si avrebbe alcun beneficio – e anzi si avrebbe un inutile costo – se si consentisse di spedire l'impugnazione alla cancelleria più vicina, la quale dovrebbe poi nuovamente trasmettere l'impugnazione a quella del giudice competente. Il dato testuale del primo comma dell'art. 583 c.p.p. non lascia, d'altra parte, molti dubbi, prevedendo che l'impugnazione possa essere proposta con telegramma ovvero con atto da trasmettersi a mezzo di raccomandata «alla cancelleria indicata nell'articolo 582, comma 1», ossia quella «del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato».

che permette di presentare impugnazioni mediante posta elettronica certificata⁹⁶. È altrettanto agevole intuire che mentre nessuno potrebbe porre in discussione la prima norma⁹⁷, altri potrebbero aver qualcosa da obiettare in relazione a uno o più passaggi svolti per giungere alla seconda.

Eppure, se si ha riguardo alle norme che sono state ritenute sussistere dalla Corte di cassazione negli ultimi decenni, alle manipolazioni, più o meno necessarie, più o meno accettabili, degli enunciati normativi⁹⁸, non sembra nemmeno che l'operazione esegetica qui svolta sia particolarmente ardua⁹⁹. Né pare si tratti di un tema la cui trattazione ponga agli interpreti scabrose scelte ideologiche, quali sono quelle che si hanno quando si discute di poteri probatori del giudice, di ordinamento giudiziario o di obbligatorietà dell'azione penale. Anzi. Si tratta di una questione terra terra, decisamente prosaica (sebbene tutt'altro che irrilevante¹⁰⁰). E sotto questo aspetto chiunque dovrebbe intravedere i notevoli benefici che il sistema penale (ma non solo) avrebbe dal riconoscimento dell'esistenza di questa norma. Avvocati e pubblici ministeri, ben potendo continuare a presentare impugnazione nelle modalità tradizionali, potrebbero giovare di questo nuovo strumento, senza necessità di muoversi dal luogo di lavoro, senza incaricare colleghi o segretarie, senza servirsi del sistema postale (la cui attività potrebbe essere indirizzata verso altri servizi), senza applicare marche da bollo, usare automobili e mezzi pubblici per recarsi presso le cancellerie dei tribunali, a ingrossare le file all'uscio delle cancellerie, i cui funzionari potrebbero riservare la parte del tempo che oggi impiegano ad apporre firme e timbri per fare altro. Trascuando gli interessi di benzinai, parcheggiatori e tabaccaia, il riconoscimento di questa norma non comporterebbe alcun costo o pericolo, giacché nemmeno sono prospettabili le riserve che la giurisprudenza di legittimità aveva manife-

⁹⁶ E, naturalmente, una norma che permette di inviare tramite posta elettronica certificata tutto ciò che può essere inviato mediante raccomandata.

⁹⁷ Certamente valida ed esistente, ma forse priva di una grande utilità. Probabilmente la maggior parte degli avvocati e dei pubblici ministeri che hanno un'età inferiore al mezzo secolo non hanno grande familiarità con le comunicazioni trasmesse col telegrafo.

⁹⁸ Si pensi alla norma secondo cui il giudice dell'udienza preliminare disponga la restituzione degli atti al pubblico ministero per genericità o indeterminata dell'imputazione, senza avergli previamente richiesto di preciarla (Cass., Sez. un., 20 dicembre 2007, Battistella, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2008, 1363, con nota di MAZZA, *Imputazione e "nuovi" poteri del giudice dell'udienza preliminare*).

⁹⁹ Anzi, se si considera che svariate pronunce negano l'esistenza della norma osservando che la clausola di equiparazione farebbe «salva la specialità delle normative di settore», la qual cosa è falsa (v. par. 6), sembra potersi dire che implicitamente viene riconosciuta la fondatezza della tesi avversata.

¹⁰⁰ Come osserva VALENTINI, *I profili generali della facoltà d'impugnare*, cit., 245-246, «marginali sotto il profilo dogmatico, le modalità d'inoltro dell'impugnazione, suscitano, viceversa, nella pratica una quantità di questioni tutt'altro che irrilevanti, per l'ovvia ragione che esse finiscono con il ripercuotersi sul concreto esercizio del diritto al controllo del provvedimento».

stato nei confronti delle impugnazioni trasmesse via telefax o telegramma dettato per telefono¹⁰¹, ritenute inammissibili «trattandosi di modalità che non garantiscono certezza in ordine all'autenticità della provenienza e all'identità dell'impugnante»¹⁰²: non tanto perché le comunicazioni che avvengono tramite posta elettronica certificata sono - nei fatti - affidabili quanto quelle espressamente previste¹⁰³, ma perché così le ha valutate il legislatore¹⁰⁴ (e così sembrerebbe valutarle anche la Corte di legittimità, la quale in altre occasioni ha mostrato di saper valorizzare le potenzialità - e l'affidabilità - della posta elettronica certificata¹⁰⁵).

Resta allora da interrogarsi sulle ragioni per le quali la giurisprudenza, così spesso incline ad accettare interpretazioni libere, si sia tanto irrigidita, e si siano avute così poche pronunce favorevoli a un'innovazione che si rivelerebbe essere decisamente utile. In fondo, «la costruzione dogmatica trova la sua giustificazione nel costituire lo strumento adeguato per risolvere i nuovi problemi che la vita viene sempre ponendo»¹⁰⁶.

Si potrebbe pensare che l'interpretazione sostenuta dalla Corte in questa occasione non sia altro che una manifestazione del «fenomeno [...] determinato dalla circostanza che taluni operatori giuridici resi tipici dall'organizzazione giuridica formale hanno - come gruppo formale - un interesse costante a dirigere talune attività interpretative verso esiti che sono diversi, e magari opposti, a quelle finalità per le quali l'organizzazione giuridica formale li ha tipizzati. [...] Si tratta di interpretazione ispirata da interessi non occasionali, ma costanti. [...] Un caso [...] noto è quello delle interpretazioni della procedura

¹⁰¹ V. par. 3.

¹⁰² Cass., Sez. II, 14 gennaio 2011, Vallelonga, cit.

¹⁰³ V. le considerazioni della pronuncia che ha, per la prima volta, espressamente formulato l'equiparazione: par. 5.

¹⁰⁴ Non vale dunque la logica, piuttosto rozza, della simmetria pubblico-privato (ciò che è concesso alle cancellerie deve essere concesso ai difensori). Si deve piuttosto aver riguardo al valore attribuito al mezzo dal legislatore (posto che l'invio mediante posta certificata di un atto dalla cancelleria al difensore è affidabile in relazione all'identificazione sia del mittente, sia del destinatario, l'invio mediante posta certificata di un atto dal difensore alla cancelleria è affidabile in relazione all'identificazione sia del mittente, sia del destinatario).

¹⁰⁵ Il riferimento è a quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale è valida la notifica effettuata, ai sensi dell'art. 157, co. ottavo bis, c.p.p., mediante invio al difensore, tramite posta elettronica certificata (c.d. pec), dell'atto da notificare all'imputato, atteso che la disposizione di cui all'art. 16, comma quarto, D.L. 16 ottobre 2012 n. 179, che esclude la possibilità di utilizzare la «pec» per le notificazioni all'imputato, va riferita esclusivamente alle notifiche effettuate direttamente alla persona fisica dello stesso e non a quelle eseguite mediante consegna al difensore seppure nel suo interesse (Cass., Sez. I, 29 gennaio 2018, Viggiani, in *Mass. Uff.*, n. 272313; Id., Sez. IV, 19 settembre 2016, Baldissari, *ivi*, n. 268340; Cass., Sez. IV, 31 marzo 2016, Severi, *ivi*, n. 266529).

¹⁰⁶ ASCARELLI, *Premesse allo studio del diritto comparato*, in Id., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, 11.

giudiziaria che tendono ad aumentare la possibilità di quelle sentenze puramente formali (in ordine a nullità processuali, irreceivibilità, improcedibilità, decorrenze di termini, applicabilità di amnistie ecc.) le quali consentono agli uffici giudiziari di produrre un alto numero di sentenze mentre i giudici lavorano poco; interpretazioni favorite dai giudici (in realtà dalla fascia di stratificazione morale più bassa della professione)¹⁰⁷.

Si potrebbe in altri termini ipotizzare che l'interpretazione che mira a negare la presenza nell'ordinamento della norma che permette di impugnare tramite posta elettronica certificata sia dovuta alla volontà - non dichiarata - di impedire, ostacolare, rendere difficoltose le impugnazioni, espediente col quale si vorrebbe dare attuazione - in modo obliquo - al principio della «ragionevole durata» del processo (art. 111, co. 2, Cost.), ovvero per perseguire il meno commendevole fine di lavorare meno: l'inammissibilità - come si è visto - «non consente il formarsi di un valido rapporto di impugnazione e preclude, pertanto, un giudizio [di merito]»¹⁰⁸, che richiederebbe un impegno assai maggiore (l'esistenza di un sistema processuale che ha perso di vista lo scopo del processo¹⁰⁹, pressoché privo di meccanismi in grado di disincentivare le impugnazioni pretestuose¹¹⁰, in cui mancano «controspinte» che facciano venir

¹⁰⁷ TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 60-61, il quale come «caso più noto di questo fenomeno» indicava quello di «quelle interpretazioni della procedura giudiziaria che tendono a rendere più macchinosa la stessa, e che sono sostenute dal ceto professionale degli avvocati (in realtà dalla fascia di stratificazione più bassa della professione) al fine di aumentare le occasioni di lavoro».

¹⁰⁸ Cass., Sez. un., 22 novembre 2000, D.L., in *Cass. pen.*, 2001, 2988, con nota di CIAVOLA, *Le Sezioni unite superano la tradizionale distinzione tra cause di inammissibilità originarie e sopravvenute e pongono un importante freno alla prassi dei ricorsi manifestamente infondati o pretestuosi*, e di CARCANO, *Brevi note a margine di una sentenza complessa in tema di patteggiamento*.

¹⁰⁹ Come ha osservato GREVI, *Giustizia di scambio e strategie dilatorie*, in *Il Mulino*, 1999, 865 «una cosa, insomma, è porre in primo piano l'obiettivo istituzionale di tutela della legalità, attraverso l'accertamento processuale di determinate ipotesi di reato, ovviamente da svolgersi nel rispetto delle fondamentali garanzie (soggettive e oggettive) previste dalla legge per il corretto esercizio della giurisdizione. In questa ottica la giustizia rappresenta lo scopo, e le garanzie, con i loro limiti e le necessarie strettoie imposte ai poteri dell'autorità giudiziaria, costituiscono lo strumento, o comunque definiscono il percorso processuale attraverso il quale si punta a realizzare quello scopo. Ben altra cosa è, invece, considerare il processo in via prioritaria come il "luogo delle garanzie", dove cioè queste ultime finiscono per diventare esse medesime la ragion d'essere del processo [...], col risultato di perdere di vista il suo stesso fine "naturale", e addirittura di impedire che il processo possa svolgersi, soprattutto entro tempi ragionevoli».

¹¹⁰ Il «gioco di aspettative che - nell'Italia odierna - il procedimento penale ordinario lascia intravedere alle parti. Concepite sul presupposto ingenuo che accusa e difesa si confrontino "lealmente", le norme che regolano il nostro processo penale offrono numerose occasioni per pretestuose perdite di tempo. La difesa ha spesso interesse a spostare in là il momento della decisione definitiva, nella speranza di una prescrizione, di una *abolitio criminis* o di una sentenza più favorevole (il fattore tempo contribuisce sovente a render meno severo il giudizio di condanna nelle fasi di impugnazione)» (ORLANDI, *L'insostenibile lunghezza del processo penale e le sorti progressive dei riti speciali*, in *Riv. dir. proc.*,

meno l'interesse all'esercizio pretestuoso del diritto»¹¹¹, ed anzi sbilanciato nel senso opposto - l'estinzione del reato è spesso un obiettivo assai concreto¹¹² -, rende almeno in parte meno incomprensibili questi possibili atteggiamenti della magistratura).

Eppure, se così fosse, non si spiegherebbero altre interpretazioni in tema di inammissibilità degli atti connesse alla modalità di presentazione delle impugnazioni, come quella che è stata in più occasioni proposta in relazione al significato da attribuire al termine «incaricato» nel primo comma dell'art. 582 c.p.p.¹¹³, o quella relativa alla sottoscrizione del difensore¹¹⁴, non improntate a un particolare rigore.

Qualunque sia la ragione che ha portato all'interpretazione che nega la possibilità di presentare le impugnazioni mediante posta elettronica certificata, comunque, resta fermo un punto: sarebbe decisamente opportuno un intervento delle Sezioni unite¹¹⁵, le quali, riconoscendo l'esistenza di questa nor-

2012, 23-24).

¹¹¹ ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all'abuso*, in *Cass. pen.*, 2012, 3604.

¹¹² È considerazione comune quella secondo cui «una prescrizione troppo facilmente raggiungibile non solo funge da incentivo per manovre dilatorie di ogni genere che, ancorché legittime, costituiscono un fattore determinante nella durata eccessiva dei processi, ma finisce per gettare discredito sulla giustizia penale che si dimostra incapace di “perseguire e condannare i criminali”» (MAZZA, *Sei mesi di tempo (ormai anche meno) per garantire lo stato di diritto*, in *Cass. pen.*, 2006, 4313).

¹¹³ Si è così affermato che la legge processuale non prescrive particolari formalità per il conferimento dell'incarico per la presentazione dell'atto di impugnazione, che può dunque avvenire anche oralmente sempre che, in ragione del rapporto dell'incaricato con il titolare del potere di impugnazione, si abbia piena garanzia circa l'autenticità della sottoscrizione (Cass., Sez. II, 7 ottobre 2016, p.c. in proc. Sciscione, rv. 268669; Id., Sez. V, 6 luglio 2010, Canfora, in *Foro it.* 2011, 1, II, 24; Id., Sez. III, 5 maggio 2010, A.K., in *Cass. pen.*, 2012, 620).

¹¹⁴ Si allude all'orientamento secondo il quale in tema di impugnazioni, la sanzione dell'inammissibilità per inosservanza delle forme di proposizione consegue unicamente ad una violazione tale da far escludere ogni certezza in ordine alla provenienza dell'atto da chi ne risulta proponente; ne deriva che deve ritenersi rituale l'atto di opposizione a decreto penale di condanna privo della sottoscrizione del difensore impugnante, ove sia possibile risalire *aliunde* al sottoscrittore come autore dell'atto, in quanto non è necessaria una forma o collocazione particolare di tale sottoscrizione (Cass., Sez. III, 8 aprile 2016, Tagliasco, in *Cass. pen.*, 2017, 737; nella fattispecie la Corte ha ritenuto viziata l'ordinanza che aveva ritenuto inammissibile l'atto di opposizione, privo della sottoscrizione del difensore, presentato nella cancelleria del giudice unitamente alla procura speciale rilasciata dall'imputato e sottoscritta anche dal difensore per autentica, in relazione al quale la cancelleria aveva attestato, a margine dell'atto, che quest'ultimo era stato presentato dal difensore di fiducia e procuratore speciale dell'imputato). In senso analogo v. Cass., sez. V, 6 luglio 2010, Canfora, cit.; Id., Sez. III, 17 ottobre 2007, Lorusso, cit..

¹¹⁵ Che, come visto (par. 4), erano state convocate, ma che non si sono pronunciate poiché il presidente della Corte ha ritenuto non esistesse un contrasto giurisprudenziale - che effettivamente non esisteva, ma la cui assenza non era ostativa a una pronuncia. Come noto, il primo comma dell'art. 618 c.p.p. indica come presupposto per un intervento delle Sezioni unite non solo l'esistenza di una questione di diritto che abbia dato luogo a un contrasto giurisprudenziale, ma che l'esistenza di una questione di diritto che *possa dar luogo* a un contrasto giurisprudenziale.

ma¹¹⁶, recherebbero un significativo beneficio al sistema, non solo nei termini dei quali si è appena detto.

9. Sul c.d. diritto giurisprudenziale.

La recente modifica del codice operata con la l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando) ha attribuito al giudice di legittimità, soprattutto nella sua più autorevole composizione, un ruolo ancor più rilevante di quello che già non avesse¹¹⁷. La scelta legislativa è stata oggetto di varie e fondate critiche¹¹⁸.

Non è questa la sede per tentare di stabilire se i benefici che la riforma mira a conseguire siano superiori ai costi che essa comporta, per provare a valutare se l'obiettivo della maggiore prevedibilità delle decisioni a cui si ambisce sia stato perseguito in un modo compatibile con i principi costituzionali, a partire da quello della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101, comma 2 Cost.), al quale idealmente si lega lo stesso principio del contraddittorio¹¹⁹.

Certo è che prevedibilità delle decisioni e pluralismo interpretativo – che può essere salutare o nocivo, a seconda delle modalità con le quali si ricavano dalle disposizioni le norme – convivono a fatica. Che la nuova disciplina privilegi la prima e non il secondo, è evidente. Che in uno stato di diritto si è soliti accettare che le regole del processo penale vengano stabilite dall'organo politico tramite il quale il popolo, attraverso i propri rappresentanti, partecipa all'esercizio del potere, è altrettanto chiaro. Ma è anche chiaro che entro un certo margine – la cui ampiezza cambia a seconda di molte variabili¹²⁰ – sono

¹¹⁶ Si tratta, ovviamente, dell'auspicio di chi scrive. È evidente che in assenza di una loro pronuncia solo un difensore (o un pubblico ministero) temerario, o meglio, avventato, adotterebbe questa modalità di presentazione dell'impugnazione.

¹¹⁷ Il riferimento è soprattutto al comma 1 *bis* dell'art. 618 c.p.p., il quale prevede un meccanismo procedurale «diretto a ridimensionare, se non annullare completamente, i contrasti giurisprudenziali» (DE CARO, *Riflessioni sparse sul nuovo assetto nomofilattico. Le decisioni vincolanti delle Sezioni unite al cospetto del principio del giudice soggetto solo alla legge: un confine violato o una frontiera conquistata?*, in *questa Rivista, Speciale riforme*, 2018, 2; così anche DINACCI, *La riforma del giudizio in cassazione tra pragmatismi operativi ed accentuata nomofilachia*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, 591).

¹¹⁸ V. al riguardo DE CARO, *Riflessioni sparse*, cit., 6-7; DINACCI, *La riforma del giudizio in cassazione*, cit., 591; FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge*, cit., 1269; MAZZA, *Conciliare l'inconciliabile*, cit., 2018, 1.

¹¹⁹ Come acutamente osservato, «il vincolo alle interpretazioni dei giudici di legittimità ridurrebbe sensibilmente lo spazio del contraddittorio sulle questioni di diritto e si sopprimerebbe quella preziosa dialettica con i giudici di merito che può indurre la Cassazione a rivedere e perfezionare i propri indirizzi» (FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge*, cit., 1273).

¹²⁰ Non certo ultima, la modalità con la quali il legislatore formula le disposizioni: «i problemi tradizionali della chiarezza della legge e della certezza del diritto possono essere utilmente riformulati come problemi di tecnica di redazione dei testi normativi. Essendo data una certa formulazione normativa, ci si domanderà a quali possibili manipolazioni interpretative essa sia soggetta da parte degli operatori giuridici. Simmetricamente, data una norma che si intende emanare, ci si domanderà quale sia la formula-

gli interpreti-applicatori a stabilire le norme del processo. Ed allora le modalità con le quali le Sezioni unite opereranno¹²¹ renderanno più o meno accettabile il nuovo ruolo che è stato loro assegnato. Sarà dunque fondamentale creare tutte le condizioni¹²² affinché le norme elaborate dai giudici siano razionalmente giustificate e socialmente utili. In fondo «è proprio qui che si riaffaccia, alla radice del discorso, il problema della scienza processuale, e più in generale il problema della scienza giuridica e del suo metodo: scienza o tecnica ? scienza o arte? scienza o storia? In tutti i casi, anche se scienza, la scienza del processo bisogna che sia [...] essenzialmente una scienza utile: il che importa continuo riferimento ai fini pratici a cui il processo deve servire»¹²³.

L'obiettivo di impedire alla Corte di creare norme non sarebbe invece realistico.

Nei discorsi dei giuristi è frequente l'uso, con evidenti intenti polemici, dell'espressione «diritto giurisprudenziale», (e, più recentemente, «procedura penale giurisprudenziale»), utilizzata per marcare la distanza da quello che sarebbe il vero e autentico diritto, ossia le disposizioni legislative. Senonché di quest'ultimo, nella sua immacolata purezza, è possibile parlare fino a quando l'interprete non ci ha posato sopra gli occhi e ha iniziato a pensare, perché da questo momento in poi comincia un percorso destinato a giungere a una norma, più o meno prossima al punto di partenza¹²⁴. Non pare casuale che l'espressione «diritto giurisprudenziale» sia solitamente riservata non ai casi in cui tra disposizione e norma sta un percorso tortuoso, ma a quelli in cui i giudici pervengono a una norma ideologicamente sgradita: quando l'attività interpretativa è creativa nel senso che piace ai commentatori, quando le norme create dalla giurisprudenza sono in linea con la loro ideologia, la qualifica di «diritto giurisprudenziale» solitamente svanisce per lasciar posto

zione che si presta a minori manipolazioni in sede di interpretazione» (GUASTINI, *Rileggendo Tarello*, cit., 3-4). Non pare che i legislatori degli ultimi decenni siano molto preveggenti. Tanto più è fitta e complessa la normativa che viene stabilita, tanto più è probabile che sfuggano alla regolamentazione del legislatore talune situazioni innanzi alle quali i giudici non possono non decidere. Spesso non è tanto che la norma, per così dire, si dovrà allontanare dalla disposizione; il problema sta proprio nell'individuare una disposizione dalla quale cominciare l'operazione esegetica.

¹²¹ Ammesso che il co. 1 *bis* dell'art. 618 c.p.p. sopravviva a eventuali pronunce della Corte costituzionale.

¹²² Al riguardo, un'importanza capitale hanno le norme sulla selezione dei magistrati, sulla loro valutazione, sulla scelta dei soggetti a cui affidare funzioni direttive, sul Consiglio Superiore della Magistratura. Vista la situazione attuale, queste condizioni sono da creare: v. DI FEDERICO, *Il contributo del CSM alla crisi della giustizia*, in *www.archiviopenale.it*, 2013, 1 ss.

¹²³ CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 280.

¹²⁴ Par. 1.

alle «pregevoli soluzioni interpretative», alle «ineccepibili esegesi» o alle «fini ricostruzioni ermeneutiche»¹²⁵.

Finché gli enunciati normativi verranno interpretati e applicati nelle aule di giustizia, il «diritto giurisprudenziale» ci sarà e non potrà che esserci. Non è la necessità di dover elaborare norme a essere in questione, ma è l'assennatezza del percorso seguito, la loro utilità. Ci sono norme ragionevoli e norme irragionevoli, norme utili e norme dannose. Norme pressoché identiche alle disposizioni, e norme – per necessità o per scelta ideologica dell'interprete – lontane anni luce dagli enunciati normativi. Norme la cui esistenza è giustificata in modo convincente, e norme la cui giustificazione non persuade affatto. Norme destinate ad essere applicate e norme che hanno vita solo nei manuali in cui sono enunciate.

In taluni casi questo fenomeno è ancor più evidente.

Quando il legislatore omette di disciplinare una situazione in cui si troverà un operatore giuridico, quando ci si trova innanzi a uno strumento nuovo del quale s'ipotizza un uso processuale¹²⁶ (quale è la posta elettronica certificata come mezzo di comunicazione nel processo), il giudice non può astenersi e non decidere, ma *deve* elaborare una norma, magari formulandola in termini negativi, come divieto¹²⁷. Le lacune del codice di procedura penale comportano un problema che richiede una soluzione immediata: il magistrato non può attendere l'organo legislativo¹²⁸. Deve procedere alla *creazione di una norma*.

¹²⁵ Si pensi alle considerazioni svolte sulle norme elaborate dalle celebri pronunce Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, 2094, Id., Sez. un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2000, 3259, o Cass., Sez. un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Cass. pen.*, 2002, 3643. Si tratta, evidentemente, di espressioni emotive, «guerra di parole». La tecnica del proselitismo e della propaganda politica è proprio di scavalcare il discorso dimostrativo e la persuasione ragionata mediante parole che posseggono di per sé una forte carica emotiva, tali che l'ascoltatore reagisca a caldo, senza riflettere, sull'onda di sentimenti immediati. Più esattamente, la tecnica della guerra delle parole è di usare per la propria parte segni emotivi «positivi», e per le parti avverse denominazioni a carica emotiva «negativa». [...] le alternative vengono congegnate mediante una etichetta apprezzativa per sé e spregiativa per la controparte» (SARTORI, *Democrazia e definizioni*, Il Mulino, 1957, 295).

¹²⁶ In fondo - servendosi di una delle affermazioni più note di POUND, *Interpretazioni di storia del diritto* [1922], in Id., *Giustizia, diritto, interesse*, Bologna, 1962, 7 - ben si può dire che «il diritto deve essere stabile e tuttavia non può restare immobile».

¹²⁷ «È inammissibile l'uso della posta elettronica per presentare le impugnazioni» è una norma quanto lo è «è ammissibile l'uso della posta elettronica per presentare le impugnazioni»: «comandare o prescrivere un'azione è la stessa cosa che proibire la sua omissione; e proibire un'azione è la stessa cosa che prescrivere l'omissione» (CASTIGNONE, *La norma giuridica*, cit., 45).

¹²⁸ Per limitarsi a una questione che è stata posta dalla recente riforma Orlando, si pensi alla norma che *necessariamente* deve essere creata nel caso di violazione dell'art. 410-bis c.p.p., quando il Tribunale al quale giunge il reclamo con cui si chiede di annullare il provvedimento d'archiviazione emesso senza che la persona offesa abbia ricevuto la notifica della richiesta di archiviazione, anziché fissare l'udienza per la decisione, dichiara inammissibile il reclamo per ragioni di merito.

In dubio abstine non vale nelle aule di giustizia: «Come può un giudice, ancorché animato dal più puro sentimento di fedeltà alla legge, assolvere il dovere di decidere ogni controversia sottoposta alla sua cognizione secondo le norme del diritto, se, identificato il diritto con il diritto statale (e, in particolare, con la legislazione), quest'ultimo non offre alcuna regola preconstituita applicabile?». Quando «il diritto legislativo è lacunoso, e il giudice ha il dovere di decidere qualsiasi controversia gli sia sottoposta, allora il giudice non potrà fare a meno di creare egli stesso la norma da applicare al caso non disciplinato dalla legge, facendo opera di legislatore»¹²⁹.

Verrebbe da richiamare la casistica in tema di abnormità per porre in evidenza le situazioni impreviste, per le quali manca una disciplina legislativa. Ma si tratterebbe di un riferimento fuorviante, poiché le situazioni che impongono la creazione di norme sono infinitamente più numerose, e per quanto abile possa essere un legislatore, una larga parte della regolamentazione del processo non potrà che dipendere dalla giurisprudenza: non è la legislazione che stabilisce se esiste una gerarchia tra le dichiarazioni del teste *de relato* e il teste di riferimento, se sono utilizzabili le dichiarazioni rese al curatore fallimentare da colui il quale assumerà la qualifica di imputato, se, e entro quali limiti, è sindacabile la decisione con cui il giudice per le indagini preliminari dispone il giudizio immediato, se il sostituto del difensore al quale il danneggiato ha rilasciato procura speciale al fine di esercitare l'azione civile ha la facoltà di costituirsi parte civile, o quale valore probatorio hanno nel nuovo giudizio i verbali formati innanzi al giudice del dibattimento che è stato sostituito. La

Il legislatore nulla ha previsto. Un interprete potrebbe sostenere che, nulla avendo stabilito il legislatore, nulla deve fare il giudice, il quale si dovrebbe limitare a dichiarare inammissibile l'atto col quale il difensore della persona offesa lamenta la violazione della disposizione (si noti anche con questa interpretazione si *crea* una norma, sia pure di contenuto negativo).

Altri potrebbero sostenere che un rimedio è stato previsto: non il ricorso per cassazione, essendo l'ordinanza con cui si decide il reclamo «non impugnabile» (comma 3 dell'art. 410 *bis* c.p.p.), ma la richiesta di revoca del provvedimento, strumento comunque idoneo a garantire le prerogative della persona offesa (così ha ritenuto Cass., Sez. VI, 23 marzo 2018, p.o. in proc. Scarcella, in www.penalecontemporaneo.it, 18 giugno 2018, con nota di LORENZETTO, *Omesso avviso dell'udienza di reclamo ex art. 410-bis c.p.p.: il rimedio c'è, ma non si vede*).

Altri ancora potrebbero sostenere che il rimedio dovrebbe essere il ricorso per cassazione per abnormità del provvedimento (così sembra essere orientata LORENZETTO, *Omesso avviso dell'udienza di reclamo*, cit., 3; pur non esaminando questa specifica questione, anche CASSIBBA, *Archiviazione e nuovi diritti della persona offesa*, in *Indagini preliminari e giudizio di primo grado: Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di Giuliani, Orlandi, Torino, 2018, 152 ritiene che la «non impugnabilità» dell'ordinanza «non esclude la ricorribilità per cassazione del provvedimento abnorme»)

¹²⁹ Entrambe le citazioni sono tratte da CHIASSONI, *Lacune nel diritto. Progetto di voce per un "vademe-cum" giuridico*, in *Mat. st. cult. giur.*, f. 2, dicembre 1997, rispettivamente 329 e 330 (il quale riporta alcune considerazioni di DONATI, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Milano, 1919).

procedura penale è essenzialmente il luogo dove gli interpreti, con maestria variabile, si confrontano elaborando norme (o criticando le norme elaborate dagli altri).

In questa attività, spesso, sempre più spesso da quando è stato riformato l'art. 111 della Costituzione, quando viene commentata un'interpretazione giurisprudenziale sgradita viene invocato il principio di legalità processuale. Sovvente, tuttavia, viene trascurata una distinzione d'importanza capitale, quella tra piano prescrittivo e piano descrittivo, e si finisce col confondere ciò che *dovrebbe essere* con ciò che *è*¹³⁰.

«La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge» significa che «La giurisdizione *deve essere* attuata mediante il giusto processo regolato dalla legge» e non che «La giurisdizione *è* attuata mediante il giusto processo regolato dalla legge». Se nella realtà il processo non è regolato dalla legge in ogni suo aspetto perché il legislatore ha ommesso di regolarlo in ogni suo aspetto (nonostante dovesse), necessariamente il giudice dovrà creare una norma¹³¹.

Nel primo comma dell'art. 111 Cost. non è contenuta un'affermazione che descrive la realtà (normativa), ma una prescrizione (sulla realtà normativa): non è che qui e ora *esiste* un processo regolato dalla legge, e la giurisprudenza eversiva lo manda a gambe all'aria; è che *deve esistere* un processo regolato dalla legge¹³², ma non *c'è* (né, per la verità, potrebbe esistere un processo regolato dalla legge *in ogni suo aspetto*, mentre potrebbero essere grandemente limitati gli aspetti di regolare e, correlativamente, gli spazi per la giurisprudenza per regolarlo¹³³).

¹³⁰ È un errore che accade con frequenza, sia quando si parla di realtà normativa, sia quando si parla di realtà fattuale. In esso s'incorre, per esempio, quando si pretende di descrivere la situazione di uno specifico accusato, esistente in un certo momento, in un preciso luogo, facendo ricorso al secondo comma dell'art. 27 Cost. (al riguardo, ci si permette di rinviare a PASTA, *Lo scopo del processo e la tutela dell'innocente: la presunzione di non colpevolezza*, in *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, a cura di Filippo Giunchedi, Pisa, 2018, 149 ss.).

¹³¹ «Il diritto (legislativo) offre ai giudici la soluzione preventiva di ogni controversia, o invece presenta dei vuoti? Se il diritto è un sistema logicamente completo, il giudice troverà sempre, con il semplice ausilio della logica, una regola preconstituita atta a risolvere il caso. Ma se il diritto presenta o può presentare lacune, il giudice dovrà - lui - introdurre regole nuove adatte a risolvere i casi non previsti dal legislatore. Ciò specialmente in quei sistemi, come il nostro, nei quali incombe sul giudice l'obbligo di giudicare (gli è vietato denegare giustizia, ossia astenersi dal giudicare una controversia con il pretesto di una lacuna od oscurità nel diritto)» (GUASTINI, *Problemi d'analisi dei discorsi dei giuristi*, in Castiglione, Guastini, Tarello, *Introduzione teorica*, cit., 181).

¹³² Dalla disposizione costituzionale, dunque, si dovrebbero trarre delle direttive, prima di tutto, sulle modalità di formulazione delle disposizioni che regolano il processo penale e sulla disciplina dell'ordinamento giudiziario.

¹³³ Sulla questione «se i giudici creano diritto», che è, talvolta, una disputa meramente verbale, e altre

Uno dei principali problemi sta, appunto, nella circostanza che spesso – sempre più spesso, vista la misera qualità delle leggi e la frenesia con la quale queste vengono emanate¹³⁴ – il legislatore non stabilisce disposizioni che dovrebbero regolare situazioni in cui prevedibilmente si troverà l'operatore giuridico¹³⁵. Potrebbe apparire a prima vista paradossale, ma l'incessante opera di regolamentazione crea continuamente lacune. E allora risolvere il problema dei vuoti normativi invocando il principio di legalità processuale equivale più o meno a chiedere d'essere ospitati a un senzatetto.

Il giudice dell'udienza preliminare che si convince dell'inesattezza della contestazione elevata dal pubblico ministero, perché generica o qualificata in termini giuridici non corretti, o perché la ricostruzione fattuale in essa offerta non è in linea con quanto emerge dal fascicolo è, per così dire, lasciato solo dal legislatore. Quest'ultimo ha previsto una disposizione che regola l'impedimento a comparire dell'imputato, l'integrazione delle indagini o la modifica dell'imputazione, ma non ha consegnato all'interprete-applicatore alcuna disposizione dalla quale trarre in modo lineare una norma per

volte un contrasto di atteggiamento, si rinvia all'acuta analisi di CARRIÒ, «*I giudici creano diritto*» (*esame di una polemica giuridica*) [*Los jueces crean derecho*] (*Examen de una polémica jurídica*), 1961] in *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di Scarpelli, Milano, 1976, 397; per alcuni commenti dell'analisi del filosofo del diritto argentino v. CATTANEO, *Considerazioni sul significato dell'espressione «i giudici creano diritto»*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1966, 250 e TARELLO, *Il «problema dell'interpretazione»*, cit., 397-398).

¹³⁴ Tornando su una questione a cui si è fatto cenno, sorta in ragione - verrebbe da dire «per colpa» - della c.d. riforma Orlando: si è visto che, nonostante il chiaro tenore letterale del comma 6 *bis* dell'art. 438 c.p.p., la dottrina sostiene che la sanatoria delle nullità non debba essere collegata alla richiesta del giudizio abbreviato, ma al suo accoglimento (v. par. 1). È indubbio che la norma che si vorrebbe elaborare sarebbe più razionale di quella che si trae da una lineare lettura della disposizione. Non risolverebbe comunque tutte le situazioni problematiche che si hanno per via della tentacolare disciplina del giudizio abbreviato. Mentre infatti, non sembrano prospettarsi particolari problemi nella generalità dei casi (nemmeno quando ricorre l'ipotesi prevista dal quarto comma dell'art. 438 c.p.p., ossia quando l'imputato, a seguito del deposito delle indagini suppletive del pubblico ministero, a loro volta innescate dal deposito in udienza preliminare dal deposito delle investigazioni difensive, revoca la richiesta: il giudice non ha ancora accolto l'istanza di abbreviato, dunque - accedendo all'interpretazione che si sta esaminando - l'effetto sanante non si sarebbe ancora verificato), possono aversi dubbi quando, formulata la richiesta, accolta, e disposto il rito, l'imputato chiede che il procedimento prosegua nelle forme ordinarie (art. 441 *bis*, comma 4, c.p.p.) avendo il pubblico ministero modificato l'imputazione (essendo dunque stata acquisita una prova ex art. 441, comma 5, c.p.p. o 438, comma 5, c.p.p.). Che la sanatoria sia connessa alla presentazione dell'istanza, ovvero all'accoglimento della medesima, cambia poco: comunque si dovrebbe procedere a un rito ordinario in cui si dispiegherebbero integralmente gli effetti del comma 6 *bis* dell'art. 438 c.p.p. (dunque, per esempio, l'eccezione di incompetenza territoriale tempestivamente avanzata in udienza preliminare non potrebbe più essere riproposta innanzi al giudice del dibattimento). Non sembra allora insensato chiedersi se l'interprete-creatore che vanificare il dato normativo non possa spostare un po' più avanti gli effetti del comma 6 *bis*, relegandoli al solo rito abbreviato effettivamente celebrato.

¹³⁵ Non necessariamente il giudice.

l'imputazione inesatta.

Si pensi a un giudice che, appena introdotto il codice Vassalli, dopo aver letto il fascicolo delle indagini che aveva innanzi, ravvisava un fatto diverso da quello descritto nell'imputazione. Esclusa la possibilità di risolvere la questione in modo irrazionale, necessariamente avrebbe dovuto prendere una decisione inquadrandola in coordinate giuridiche, conformando il proprio comportamento a una norma. Avrebbe potuto elaborare quella secondo la quale non sarebbe esistita alternativa alla pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere ovvero di un decreto che dispone il giudizio per un fatto non correttamente enunciato (palesando magari dei dubbi sulla compatibilità costituzionale di una simile norma¹³⁶). Un diverso interprete, per evitare di giungere a questa conclusione, avrebbe potuto prendere come riferimento una disposizione effettivamente prevista dal legislatore, per poi servirsi di un argomento *a simili ad simile*, giungendo così, tramite l'applicazione analogica del secondo comma dell'art. 521 c.p.p., alla norma che attribuisce al giudice dell'udienza preliminare il potere di restituire gli atti al pubblico ministero¹³⁷. Un altro giudice, procedendo a una diversa selezione degli enunciati normativi, spostando la luce dal secondo comma dell'art. 521 c.p.p. all'art. 423 c.p.p., disposizione che consente al pubblico ministero di modificare l'imputazione, avrebbe potuto creare una norma che attribuiva al giudice la veste di consigliere dell'inquirente: un'«interpretazione estensiva» di questo articolo non vieterebbe «che alle modifiche dell'imputazione ritenute opportune il pubblico ministero possa essere sollecitato mediante un provvedimento del giudice, il quale, ravvisando l'emergere di fatti diversi da quelli contestati, lo inviti espressamente a tali adempimenti»¹³⁸.

¹³⁶ Questa era la tesi che, nei primi anni di vigenza del codice, aveva avanzato il tribunale di Verbania sul presupposto che non fossero prospettabili alternative a queste due opzioni. Aveva dunque sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 424 c.p.p., appunto nella parte in cui non prevedeva che il giudice potesse all'esito dell'udienza preliminare trasmettere gli atti al pubblico ministero per descrivere il fatto diversamente da come ipotizzato nella richiesta di rinvio a giudizio. La questione è stata dichiarata non fondata da Corte cost., 15 marzo 1994, n. 88, in *Cass. pen.*, 1994, I, 161 in ragione dell'erroneo presupposto su cui si basava.

¹³⁷ Suggesta ad es. da FRIGO, *sub art. 423 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, vol. IV, Utet, 1990, 653 e da CESARI, *Modifica dell'imputazione e poteri del giudice dell'udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 302. In giurisprudenza, v. Cass., Sez. V, 23 ottobre 2007, D.M.P., rv. 239102; Cass., Sez. II, 12 marzo 2002, n. 32990, in *Cass. pen.*, 2003, 3916; Cass., Sez. I, 5 maggio 2000, p.m. in proc. Ferrentino, in *Cass. pen.*, 2002, 1468.

¹³⁸ Corte cost., 15 marzo 1994, n. 88, cit., la quale precisava che era «appena il caso di aggiungere, infine, che la stessa lettera dell'art. 423 non esclude che detta facoltà del giudice possa essere esercitata anche dopo la chiusura della discussione, purché “nel corso dell'udienza”, e cioè prima della pronuncia dei provvedimenti previsti, sul merito della regiudicanda, dall'art. 424 c.p.p.» (la Corte, tuttavia, non affermava che questa seconda soluzione fosse quella corretta: si limitava a dire che essa era, al pari dell'altra,

Quale sia la norma la cui esistenza è meglio giustificata, e quale sia più utile, è questione sulla quale è facile dividersi. Non dovrebbero però invece esserci dubbi sulla necessità di creare una norma *nonostante l'assenza di una disposizione*¹³⁹.

Più in generale, riguardo al più ampio tema che si è affrontato, che va ben oltre quello dei vuoti normativi, ci si dovrebbe convincere che è auspicabile che «gli operatori facciano in modo *consapevole* ciò che essi fanno *necessariamente*»¹⁴⁰ (del resto, «una indagine sui metodi e sulle valutazioni dei giuristi, se vuole servire a qualcosa, deve occuparsi non di dare dei suggerimenti ai giuristi in genere, non di collezionare quanto gruppi di giuristi dicono di fare (a titolo di teoria), bensì deve occuparsi delle operazioni concettuali che determinati giuristi hanno compiuto in determinati frangenti. Solo da questi rilevamenti, infatti, possono trarsi cognizioni sulla base delle quali, eventualmente, costruire teorie. E, d'altra parte, la filosofia dei giuristi *non consiste in ciò che i giuristi dicono, ma in ciò che i giuristi fanno*»¹⁴¹).

Senza questa consapevolezza sarebbe difficile svolgere il compito che è loro richiesto¹⁴², che non è quello di vagheggiare il tempo andato – mai esistito – in

compatibile con la Costituzione).

¹³⁹ Per una diversa lettura, v. MAZZA, *Conciliare l'inconciliabile*, cit., 4 ss.

¹⁴⁰ TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, 149, il quale così prosegue: «se [...] il diritto è sempre qualcosa di incerto, la consapevolezza degli operatori può dar luogo ad un più ragionevole esercizio di un potere per sua natura poco definito mentre la mancata consapevolezza degli operatori determina situazioni confuse». Sulla necessità di «distinguere ciò che i giudici *dicono di fare* e ciò che poi, in realtà, *fanno*», e sugli argomenti da essi utilizzati per giustificare le proprie conclusioni, v. anche LAZZARO, *La funzione dei giudici*, cit., 1-16.

¹⁴¹ TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, cit., 12-13.

¹⁴² V. GUASTINI, *Rileggendo Tarello*, cit., 9-11: «la tesi antiformalistica (nelle sue molte varianti) è sembrata a molti come una dottrina rivolta a liberare giuristi e giudici da ogni vincolo di "fedeltà alla legge" e, insomma, a favorire la "libera creazione" di diritto da parte degli interpreti. Il realismo di Tarello sembra però diretto ad esiti differenti, e anzi opposti, a quelli solitamente attribuiti alle tesi antiformalistiche.

Anzitutto, occorre riflettere, qualora non fosse ovvio, che la discrezionalità, pure inerente a qualunque decisione interpretativa, può essere più o meno estesa, più o meno circoscritta. Il grado di discrezionalità concesso agli interpreti dipende da molte variabili.

Tra le variabili più importanti stanno, ad esempio, il grado di conflittualità politico-ideologica presente nella dottrina e nel ceto giudiziario e la tecnica di formulazione dei documenti normativi. Orbene, l'idea di Tarello è che lo spazio del diritto giurisprudenziale, ancorché ineliminabile, debba almeno essere circoscritto: da un lato, combattendo la politicizzazione dei giudici; dall'altro, evitando formulazioni legislative vaghe, ambigue, indeterminate.

Inoltre, Tarello ritiene che la creazione giurisprudenziale di diritto, proprio perché inevitabile, debba però essere: (a) esplicita, (b) consapevole.

È bene che la creazione giudiziale (e dottrinale) di diritto sia esplicita, perché solo a questa condizione è possibile esercitare su di essa un controllo critico: non tanto da parte della pubblica opinione, quanto piuttosto ad opera della "cultura giuridica interna".

È bene che la creazione giudiziale (e dottrinale) di diritto sia consapevole, poiché è preferibile che gli

cui esistevano solo le disposizioni legislative, meccanicamente applicate dai giudici, ma quello di descrivere prima, e di controllare poi, la ragionevolezza del percorso seguito dalla giurisprudenza nell'elaborazione delle norme e, prima ancora, quello di tracciare alcune vie¹⁴³, senza dimenticare che i casi in cui da una disposizione si passa linearmente a una norma, senza esitazione, senza dubbi, senza incertezze, sono quelli dei quali nessuno ha mai avvertito la necessità di parlare¹⁴⁴.

operatori compiano scelte politiche in vista di risultati pratici previsti e desiderati, piuttosto che decidere ciecamente - per esempio, in ossequio ad una costruzione dogmatica elegante - senza rappresentarsi con chiarezza i possibili esiti delle decisioni».

¹⁴³ Si tratta dei due aspetti del discorso intorno all'interpretazione, la quale «(i) a volte (discorso prescrittivo) consiste nell'elaborare regole, direttive, o metodi di corretta interpretazione e costruzione giuridica, destinati a guidare *ex ante* il lavoro degli interpreti, e segnatamente dei giudici; (ii) altre volte (discorso valutativo) consiste nel valutare *ex post* la correttezza dell'una o dell'altra interpretazione, dell'uno o dell'altro orientamento interpretativo, dell'una o dell'altra tecnica interpretativa, dell'una o dell'altra costruzione giuridica, dell'una o dell'altra decisione giurisdizionale» (GUASTINI, *Ermeneutici e analitici*, in Id, *Saggi Scettici*, cit., 14).

¹⁴⁴ Non è peraltro scontato che sia il soggetto che enuncia le norme, e non quello che stabilisce le disposizioni, a maneggiare il prodotto dell'altro: se un'aggiornata teoria dell'interpretazione mostra che dalle disposizioni è sempre necessario trarre le norme, non è infrequente assistere a un percorso inverso. Accade quando il legislatore decide di emanare le disposizioni mutuando le norme elaborate dalla giurisprudenza, come avvenuto in modo evidente in tempi recenti con la l. 23 giugno 2017, n. 103, c.d. riforma Orlando (che il legislatore si sia mostrato essere tributario delle «soluzioni provenienti dall'esperienza giurisprudenziale» è affermazione comune; così, tra gli altri, MARZADURI, *Il giudizio abbreviato: alcune riflessioni, dopo la c.d. riforma Orlando*, in www.archivioopenale.it. *Speciale riforme*, 2018, 2, dal quale è tratta la citazione; LORENZETTO, *Processo penale e legge n. 103 del 2017: la riforma che non c'è*, in *Proc. pen. e giust.*, 2017, 1068; ILLUMINATI, *Un nuovo tassello di una incessante stagione di riforma*, in *Indagini preliminari e giudizio di primo grado: Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, cit., 12; MARAFIOTI, *Riforme-zibaldone, legislazione «giurisprudenziale» e gestione della prassi processuale*, in *Proc. pen. e giust.*, 2017, 4, 554 ss.). Non è necessariamente un male. Dipende da cosa viene mutuato.